

UiO : **Det juridiske fakultet**

# «Back to back» i underleverandørkontrakter til norsk petroleumsvirksomhet

Kandidatnummer: 652

Leveringsfrist: 25. november 2014

Antall ord: 17 139 (eks. forside, innholdsfortegnelse og litteraturliste)



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Oppgavens problemstilling.....	1
1.2	Nærmere om «back to back» .....	5
1.3	Avgrensing av oppgaven .....	7
1.4	Begrepsavklaring og definisjoner .....	7
1.5	Oppbygging av oppgaven .....	7
<b>2</b>	<b>HVORFOR BENYTTES «BACK TO BACK»-REGULERINGER? .....</b>	<b>8</b>
2.1	Formålet med «back to back»-reguleringer i underleverandørforhold.....	8
2.2	Hvorfor er selskapet interessert i «back to back»-reguleringer? .....	9
2.3	Hvorfor er leverandøren interessert i «back to back»-reguleringer? .....	14
2.4	Kan underleverandøren ha interesse i «back to back»-reguleringer? .....	15
<b>3</b>	<b>ULIKE FORMER FOR IMPLEMENTERING AV «BACK TO BACK»- REGULERINGER – UTFORDRINGER I ET RIMELIGHETSPERSPEKTIV .....</b>	<b>16</b>
3.1	«Back to back» er ikke et entydig bestemt prinsipp .....	16
3.2	«Back to back» på regelnivå.....	16
3.2.1	Nærmere om årsaken til at «back to back» på regelnivå benyttes .....	18
3.2.2	Hvordan implementeres «back to back»-klausuler på regelnivå hensiktsmessig inn i underleverandøravtalen? .....	19
3.2.3	«Back to back» på regelnivå i et rimelighetsperspektiv .....	23
3.3	«Back to back» på konsekvensnivå .....	24
3.3.1	Nærmere om årsaken til at «back to back» på konsekvensnivå benyttes ....	24
3.3.2	Hvordan implementeres «back to back»-klausuler på konsekvensnivå hensiktsmessig inn i underleverandøravtalen? .....	26
3.3.3	«Back to back» på konsekvensnivå i et rimelighetsperspektiv .....	27

3.4	Særlig om «back to back»-regulering av endringer.....	28
<b>4</b>	<b>ALTERNATIVER TIL «BACK TO BACK»-REGULERING VED INNKJØP</b>	
	.....	<b>30</b>
4.1	Betydningen av leveransens art. ....	30
4.2	Norske innkjøpsbetingelser 2005 (NIB 05).....	32
4.3	Særskilt tilpasset underleverandørkontrakt .....	33
4.4	Standardisert underleverandørkontrakt for kjøp av standard materiell og tjenester..	33
4.5	Standardiserte innkjøpsbetingelser .....	35
4.6	Eksempel på hvordan «spesielle vilkår og betingelser» kan presenteres som avvik fra leverandørens «standard innkjøpsbetingelser» .....	35
4.7	Spesielt om «back to back»-reguleringer mellom underleverandører .....	40
4.8	Vurdering.....	40
<b>5</b>	<b>OM MULIGHETER FOR Å KUNNE SENSURERE URIMELIGE UTSLAG AV «BACK TO BACK»-REGULERINGER .....</b>	<b>42</b>
5.1	Innledning.....	42
5.2	Om vedtagelse av «back to back»-reguleringer i standardvilkår vedlagt ordinære innkjøpsordrer.....	44
5.3	Grensen mellom akseptert risiko og sensur ved hjelp av avtl. § 36 .....	48
5.4	Konkludent adferd som avtalestiftende rettsfaktum .....	53
<b>6</b>	<b>OPPSUMMERING .....</b>	<b>55</b>
<b>7</b>	<b>LITTERATUR OVERSIKT.....</b>	<b>58</b>
7.1	Litteratur .....	58
7.2	Lover.....	58
7.3	Kontrakter .....	58
7.4	Rettspraksis.....	59
7.5	Presentasjoner .....	59
7.6	Artikler.....	59



# 1 INNLEDNING

## 1.1 Oppgavens problemstilling

«Back to back»<sup>1</sup>-reguleringer skaper ofte en betydelig risiko for underleverandørene til fabrikkasjonskontrakter<sup>2</sup> innen petroleumsvirksomhet.

Et spørsmål er hvor urimelige konsekvenser av slike «back to back»-reguleringer underleverandørene må kunne forventes å tåle, før domstolene ved en tvist vil foreta en rimelighetssensur. Urimeligheten oppstår gjerne som et resultat av usikkerhet rundt hvordan slike reguleringer skal forstås, og hvordan de mest hensiktsmessig kan reguleres inn i avtalene. Denne urimeligheten fremstår spesielt stor i de tilfellene der underleverandørkontrakten har følgende reguleringer: (i) konsekvensene av en underleverandørsvikt i hovedkontraktsforholdet skal dekkes av underleverandøren i sin helhet, (ii) tapene leverandøren påføres som følge av at en underleverandørsvikt dekkes av underleverandøren og (iii) underleverandøren får kun betalt for de deler av sitt arbeid som leverandøren får dekket av selskapet.

---

<sup>1</sup> Begrepet «back to back» er mye brukt i forbindelse med kontrakter i petroleumsvirksomhet, men det kan likevel være vanskelig å finne en treffende beskrivelse av dette begrepet. De fleste som på en eller annen måte er involvert i den kommersielle oppfølgingen av en offshorekontrakt har nok en oppfatning av hva som ligger i begrepet, men særlig presist og entydig er dette neppe. Mange bruker uttrykket som om det skulle være et presist og uttømmende prinsipp man her refererer til. Dette er imidlertid ikke tilfelle. Den direkte oversettelsen til norsk «rygg mot rygg» gjør ikke dette noe lettere. Arne Engesæth har i sin artikkel i LoR i 1996 lagt følgende korte definisjon av begrepet: «I korthet går dette ut på at hovedkontrakten, altså kontrakten mellom oljeselskapet og hovedleverandøren, legges til grunn også i forholdet mellom de øvrige aktører nedover i pyramiden».

Ola Mestad lanserte i boken «Om Force majeure og risikofordeling i kontrakt» å bruke betegnelsen «not og fjør» i stedet for det tradisjonelle begrepet «back to back». Om en bruker den ene eller andre definisjonen, er det uansett viktig å ha klart for seg at begrepet «back to back» som utgangspunkt har til hensikt å beskrive at definerte kontraktsbestemmelser føres videre i sin opprinnelige form nedover i kontraktshierarkiet.

<sup>2</sup> I denne oppgaven med hovedfokus på Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007 (NF 07), men drar inn Norsk Totalkontrakt 2007(NTK 07) hvor det er avvikende reguleringer mellom disse kontraktene.

Denne type risiko er ikke bare stor når underleverandørkontraktene gjelder fabrikkasjonsoppdrag, men er kanskje enda større dersom underleveransene gjelder kjøp av standard materiell<sup>3</sup> eller tjenester. Årsaken til dette er at de overliggende fabrikkasjonskontraktene<sup>4</sup> ikke har hatt som formål å regulere rent kjøp, og at en speiling av reguleringene i disse kontraktene derfor fort vil gi urimelige konsekvenser for underleverandøren.

Det som gjør temaet i oppgaven spesielt aktuelt, er at både oljeselskapene og de største leverandørene de siste årene har ansatt medarbeidere med høy teoretisk kontraktskompetanse i sine kontraktsavdelinger.<sup>5</sup> Det forventes at selskapene med bakgrunn i sine kostnadsbesparelserprogram, kommer til å benytte denne «nye» spisskompetansen til å kreve sine kontraktsfestede rettigheter i langt større grad enn tidligere. En stor utfordring for bransjen er at denne utviklingen ikke synes å skje i samme tempo i hele leverandørpyramiden. Dette medfører at store deler av leverandørpyramiden fortsatt synes å leve i den tro at partene ved et avvik fra kontraktsforpliktelsene vil kunne søke rimelige og fornuftige løsninger før en eventuelt må søke støtte i kontraktens ordlyd og strenge formalregime. Den

---

<sup>3</sup> Med standard materiell menes ordinære lagervarer (hyllevarer) som ikke blir bearbeidet eller på noen måte testet av underleverandøren selv. Dette kan være standard bulkmateriell som f.eks. rør, fittings, lysarmaturer eller maling.

<sup>4</sup> NF 07 er standardvilkår for fabrikasjon av større komponenter til petroleumsvirksomheten på norsk kontinentalsokkel. Vilkårene er forhandlet frem mellom Norsk Hydro ASA og Statoil ASA på den ene side og Teknologibedriftene Landsforening (TBL, fra 2006 Norsk Industri) på den annen side. I en slik fabrikkasjonskontrakt er det normalt operatøren som har hovedansvaret for prosjektfasen samt å tilpasse de enkelte leveransene til hverandre, mens leverandøren normalt har hovedansvar for innkjøp av materialer og konstruksjon på grunnlag av operatørens spesifikasjoner.

I de tilfellene der leverandøren påtar seg et større ansvar, som inneholder prosjektering, innkjøp, bygging og eventuelt installasjon., er det utarbeidet en mer omfattende kontrakt som blir kalt NTK 07. Denne standardkontrakten er derfor ment brukt ved leveranser som normalt har et større omfang enn kontrakter som benytter NF 07.

<sup>5</sup> Kontraktsavdelingene til de største operatørene og leverandørene består i dag i stor grad av jurister og økonomer.

tidligere praksisen, der partene av både praktiske og kommersielle årsaker utviste betydelig fleksibilitet når det gjaldt kontraktsforpliktelsene i avtalene, må forventes å bli mindre fremtredende i tiden fremover. For kun få år siden ble en stor andel av både inngåelse og håndtering av kontrakter i hele kontraktspyramiden<sup>6</sup> håndtert av personer med en overvekt av teknisk utdannelse og praktisk erfaring. Dette resulterte normalt i at de kommersielle kontraktsdokumentene kun lå som et sikkerhetsnett, og ble bare benyttet dersom partene ved uoverensstemmelser ikke fant praktiske og gjensidig rimelige løsninger. Denne uformelle oppfølgingen av kontraktene var mer fremtredende jo lenger ned i kontraktshierarkiet en kom.

Etter å ha jobbet hos en leverandør til offshoreindustrien i flere år, har jeg erfart denne betydelige endringen i måten kontrakter nå både inngås og følges opp på. I samtaler med nøkkelpersonell i kontraktsavdelingene hos både operatørselskaper og store leverandører, har disse uttrykt forundring over at mange leverandører og underleverandører ofte på en lemfeldig<sup>7</sup> måte inngår både små og store kontrakter. I løpet av samtalene har de blant annet kommet med følgende uttalelser:

- (i) *«Hadde det vært meg, hadde jeg aldri våget å skrive under på slike kontrakter...»*, (ii) *«Vi kunne relativt ofte slått enkelte underleverandører konkurs dersom vi hadde fulgt kontrakten...»* og (iii) *«Jeg lurar om de er klar over hva de holder på med...»*

Som en ser av sitatene, kan det virke som det er et relativt stort sjansespill når mange av både leverandørene og underleverandørene inngår kontrakter. Kontraktene er nok ofte mer omfattende enn de synes å ha oversikt over, eller i alle fall velger å bry seg om. Denne lemfeligheten synes å øke jo lenger ned i kontraktspyramiden en beveger seg.

---

<sup>6</sup> Med kontraktspyramiden forstås her tilfeller der en kontrakt inngås mellom operatørselskapet og leverandøren, hvor leverandøren normalt har behov for underleverandører som igjen kanskje har behov for sine underleverandører. På denne måten etableres det en kontraktspyramide med mange nivå.

<sup>7</sup> «Lemfeldig» i denne sammenhengen i betydningen overfladisk, lettvindt, tilfeldig o.l.

Mange endringer underveis i prosjektene, gjerne grunnet mangelfull eller ufullstendig prosjektering fra selskapet, har resultert i at partene hittil har vært mer opptatt av å få et bra sluttresultat enn å diskutere grunnlag for å kunne sanksjonere en leverandør eller underleverandør som har leveringsproblemer. Denne praksisen er i endring, og skyldes blant annet operatørselskapenes arbeid med effektivisering og standardisering for å oppnå kostnadsreduksjoner. Leverandørene<sup>8</sup> må som en konsekvens av dette forvente at selskapene i tiden fremover bestreber seg på å levere en mye mer komplett pakke med fabrikkasjonstegninger. Dette vil sette selskapet i en langt mer offensiv posisjon når det gjelder oppfølging av leverandørenes kontraktsforpliktelser. Fokuset i de kommende årene, både for operatører og leverandørindustrien, vil derfor måtte være på å få pendelen til å svinge fra høy grad av individuell tilpasning på hvert prosjekt, til høy grad av standardisering. Dette gir forsterket grunn til å tro at kontraktene i mindre grad enn tidligere vil gi partene forhandlingsrom, og at avtalene dermed nå bør være tilpasset akkurat den type leveranse de er utarbeidet for å regulere. Ved at leverandørene hyppig benytter seg av «back to back»-reguleringer i sine underleverandørkontrakter, må også underleverandørene forberede seg på en økt oppfølging av de forpliktelsene som er beskrevet i hovedkontrakten.

Etter å ha diskutert denne problemstillingen med flere advokater med spisskompetanse innenfor dette fagfeltet, kan disse fortelle at det er veldig varierende hvordan underleverandører til petroleumsvirksomhetene forholder seg til dette nye risikobildet.<sup>9</sup> Noen har begynt å ta dette på alvor, mens andre tar sjansen på at «alt er som før». Advokatene er uansett

---

<sup>8</sup> Med leverandører forstås de leverandørene som har ansvaret for hovedkontrakten med operatørselskapene.

Typisk selskaper som Aker Solutions, Aibel, Reinertsen, National Oilwell Varco, Apply, mfl.

<sup>9</sup> Årsakene til at denne praksisen har endret seg kan nok tenkes å være flere. Det er et sterkt økende fokus på compliance. Dessuten begynner industrien å bli såpass moden at det forventes at man både forstår og følger de kontraktene som inngås. Det forventes videre en betydelig forbedring av effektiviteten som et ledd i arbeidet med å redusere kostnadene i bransjen. Statoil er allerede godt i gang med sitt STEP-program som handler om å effektivisere driften. Konsekvensen av dette synes å ha fått umiddelbar innvirkning på sysselsetningen i offshoresektoren.



samstemte i at det ofte ligger en betydelig risiko i både standard-, kontrakt- og innkjøpsbetingelser dersom disse ikke tilpasses den leveransen de skal regulere.

Dersom det i kontraktsrelasjonen blir benyttet standard-, kontrakt- eller innkjøpsbetingelser, blir det mye viktigere enn tidligere at underleverandørene også skaffer seg oversikt over den potensielle risikoen i disse standardiserte kontraktene. Med kunnskap til å avdekke eventuelle urimelige kontraktsvilkår som skjuler seg i standardene, vil underleverandørene kunne foreslå de justeringene som i mange tilfeller er nødvendige for å oppnå en god balanse i avtaleforholdet.

Mange underleverandører synes å ha liten oversikt over risikoen i sine kontraktsforpliktelser. Faren som ligger i dette, kombinert med en forventning om økt bruk av slike forpliktelser, gjør at jeg har valgt å se nærmere på «back to back»-reguleringer i denne oppgaven.

## **1.2 Nærmere om «back to back»**

Problemstillingen i oppgaven tar utgangspunkt i kontraktene som inngås i forbindelse med fabrikasjon av større komponenter eller anlegg til den norske petroleumsvirksomheten. Her er de store fabrikasjonsleverandørene helt avhengige av et betydelig antall underleverandører. Dette gjelder underleveranser av alt fra standardprodukter og tjenester, til mer skreddersydde produkter og løsninger. Kontraktene mellom disse store leverandørene og operatørselskapene blir i de aller fleste tilfellene regulert av de ferdigforhandlede standardkontraktene Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007<sup>10</sup> eller Norsk Totalkontrakt 2007<sup>11</sup>.

Partene har også ferdigforhandlet en underleverandørkontrakt som er tenkt benyttet der en av petroleumskontraktene regulerer hovedkontraktsforholdet. Denne kontrakten har betegnelsen «Norske Innkjøpsbetingelser 2005»<sup>12</sup> Denne standardkontrakten er imidlertid svært

---

<sup>10</sup> Heretter kalt NF 07.

<sup>11</sup> Heretter kalt NTK 07.

<sup>12</sup> Heretter kalt NIB 05, For mer informasjon om NIB 05 se kapittel 4.2.

lite benyttet. Årsaken kan tenkes å være at kontrakter vedrørende underleveranser, på grunn av tidspress eller praktiske årsaker, ofte ønskes videreført som mer eller mindre rene speilbilder av de standardkontraktene som blir benyttet mellom selskapet og leverandøren. På denne måten oppnås en effektiv kontraheringsmodell, samtidig som det gir en mulighet for leverandøren til å videreføre forpliktelser fra hovedkontrakten til den som for eksempel forårsaker et mislighold. En sier da gjerne at hele eller deler av disse kontraktsforholdene blir «back to back»-regulert.

Slike «back to back»-reguleringer er imidlertid ikke noe entydig juridisk begrep eller juridisk metode, og variasjonene i oppfatningene av begrepets betydning kan reise mange problemstillinger. Ved feil bruk vil nemlig slike «back to back»-reguleringer lett kunne resultere i lite balanserte og svært kostbare konsekvenser for partene i et underleverandørforhold. Før denne type reguleringer tas i bruk, er det derfor spesielt viktig at leverandøren foretar en grundig gjennomgang av hvilke områder av hovedkontrakten han ønsker «back to back»-regulert, og deretter av hvilke områder som operatøren krever at skal «back to back»-reguleres.

Underleverandøren må på sin side sørge for å få full oversikt over hvilke konsekvenser de foreslåtte «back to back»-reguleringene kan medføre for ham. På denne måten kan underleverandøren ta hensyn til leverandørens krav i forbindelse med det tilbudet han gir. Er kravene for omfattende, må han vurdere å avstå fra å gi tilbud, eller gi et tilbud som forutsetter at han får avvik fra et sett definerte krav som fremstår som for tyngende. Disse avvikene må da fremsettes sammen med tilbudet som et sett forbehold, for at hans tilbud skal være gjeldende.

En annen og viktig problemstilling som oppstår ved denne type «back to back»-reguleringer, er om disse i det hele tatt er hensiktsmessige å benytte i forbindelse med underleverandørkontrakter av standardmateriell. Det betyr i så fall at en benytter kontraktsreguleringer som er utarbeidet for fabrikkasjon til noe som må kunne betraktes som ordinære innkjøp. Dette kan fort få urimelige utslag for underleverandøren.

Det er også mange fordeler ved «back to back»-reguleringer. Ved riktig bruk vil de blant annet kunne skape effektiv kontrahering, forutsigbarhet samt en god risikofordeling og rimelighet for partene. Selskapets krav om at enkelte av leverandørens forpliktelser skal gjelde hele leverandørgruppen, blir også ivaretatt uten risiko for at enkelte av disse bestemmelsene blir uteglemt.

### **1.3 Avgrensing av oppgaven**

Problemstillingene som reises i oppgaven vil i all hovedsak være identiske uansett om et kontraktsforhold baserer seg på NF 07 eller NTK 07. For de kommende vurderingene og oversiktens skyld, vil det i oppgaven hovedsakelig være «back to back»-reguleringer med bakgrunn i NF 07 som blir nevnt.

### **1.4 Begrepsavklaring og definisjoner**

Underveis i oppgaven benytter jeg ord som det på forhånd kan være hensiktsmessig å definere. Der hvor ordene er sammenfallende med ord som er definert i NF 07 art. 1, er disse ment å ha samme betydning. I de tilfellene jeg benytter begrepet «operatør», skal dette forstås på samme måte som når jeg benytter betegnelsen «selskap». I de tilfellene jeg benytter begrepet «leverandør», skal dette alltid forstås som den leverandøren som har fabrikkasjonskontrakten med «selskapet». Der hvor jeg benytter begrepet «hovedkontrakten», er det fabrikkasjonskontrakten mellom selskapet og leverandøren det siktes til. I de tilfellene jeg henviser til «standardene», er det NF 07 og NTK 07 det siktes til. Dersom det bare vises til en definert artikkel, vil det være NF 07 som er utgangspunktet. Andre ord som vil kunne ha behov for en nærmere redegjørelse, vil bli definert direkte i den sammenhengen de står, eller bli nærmere beskrevet i fotnotene.

### **1.5 Oppbygging av oppgaven**

I den videre fremstillingen vil jeg under kapittel 2 se nærmere på hensynet og formålet med «back to back»-reguleringer, og hvorfor disse så hyppig benyttes i forbindelse med underleveranser til petroleumssektoren.

I kapittel 3 ser jeg nærmere på de forskjellige variantene av «back to back»-reguleringer og hvordan disse best kan implementeres i et avtaleforhold.

Med kapittel 2 og 3 som bakteppe, behandler jeg i kapittel 4 de særlige utfordringene ved at det benyttes «back to back»-reguleringer fra hovedkontrakten i underleverandørkontrakter ved kjøp av standard materiell og tjenester.

I kapittel 5 ser jeg på hvilke muligheter som finnes for å kunne sensurere urimelige utslag av «back to back»-reguleringer.

I kapittel 6 avslutter jeg med en kort oppsummering om hvordan partene bør forholde seg til «back to back»-reguleringer i underleverandørkontrakter, og påpeker hvorfor dette er spesielt viktig i tiden fremover.

## **2 Hvorfor benyttes «back to back»-reguleringer?**

### **2.1 Formålet med «back to back»-reguleringer i underleverandørforhold**

En leverandør som ønsker å sikre seg en fabrikkkontrakt, er helt avhengig av å knytte til seg en rekke underleverandører. Dette skyldes at leverandøren ikke innehar nødvendig spesialkompetanse, arbeidskraft, produktspekter, spesialutstyr m.m., som behøves for å kunne produsere den avtalte kontraktsgjenstanden alene. Normalsituasjonen er at de største leverandørene har en grunnbemanning som typisk innehar selskapets spesialkompetanse, ordinære produksjonskapasitet og gjerne produksjonsfasiliteter. De må dermed, nesten uten unntak, knytte til seg en rekke underleverandører av forskjellig art for å være i stand til å gjennomføre en fabrikkkontrakt. Avtalene med disse underleverandørene kan løses ved mange typer kontrakter. Typisk for alle disse kontraktsformene er at enkelte av kontraktsforpliktelsene i leverandørens avtale med selskapet enten kreves videreført av selskapet, eller at leverandøren selv har et ønske om å videreføre disse for å redusere sin egen risikoeksponering. Noen eksempler på kontraktsforpliktelser som leverandøren ønsker å speile nedover i kontraktspyramiden er reglene om endringer, dagbøter, garanti- og mang-

elsbeføyelser, men kanskje aller viktigst er de kontraktsforpliktelsene som leverandøren er forpliktet av selskapet til å videreføre i henhold til den overliggende kontrakten. Ved å benytte en «back to back»-regulering oppnår leverandøren at han på en effektivt måte får videreført de delene av den overliggende kontrakten som defineres i avtaledokumentet, uten å frykte at noe blir glemt.

## **2.2 Hvorfor er selskapet interessert i «back to back»-reguleringer?**

Selskapet har normalt stor interesse, både av hvilke underleverandører leverandøren knytter til seg, og av at enkelte av reguleringene i hovedkontrakten blir videreført i underleverandørkontraktene. Det er likevel ikke regulert inn i NF 07 at selskapet har et krav om at leverandøren skal ha full «back to back»-regulering i sine underleverandørkontrakter. I art. 8.1 er det derfor tatt inn et eget punkt som legger begrensning på leverandørens frihet til å knytte til seg underleverandører uten selskapets samtykke. Årsaken til dette er blant annet selskapets ønske om å kunne drive en viss form for kvalitetssikring av underleverandørenes kompetanse, kapasitet samt HMS- og kvalitetsrutiner. På denne måten betinger selskapet seg en rett til å kunne foreta en kvalitetssjekk av underleverandørene, og slipper dermed å detaljstyre hvordan underleverandørkontraktene skal utformes.

Det kan også tenkes at det av standardiseringshensyn kan være fornuftig av selskapet å vurdere underleverandørenes løsninger før disse godkjennes. Dette grenser for øvrig tett opp mot tilfellene i art. 8.2, der selskapet selv inngår rammeavtaler med andre leverandører, og fabrikasjonsleverandøren pålegges å benytte disse.

I art. 8.3 annet ledd sikrer dessuten selskapet seg, på generelt grunnlag, at leverandøren skal «back to back»-regulere de bestemmelsene i kontrakten som er nødvendige for at leverandøren skal kunne oppfylle sine plikter etter kontrakten. «Dette omfatter slike plikter som leverandøren vanskelig kan etterleve dersom de ikke viderebringes som plikter for underle-

verandøren i forhold til leverandøren.»<sup>13</sup> Her ser vi at kontrakten inneholder en regulering som fort resulterer i at leverandøren ønsker å speile hele hovedkontrakten nedover i leverandørpyramiden for å være på den sikre siden, og dermed slippe å bruke mye tid på å spesialtilpasse en egen underleverandøravtale. Som eksempel må leverandøren ta med i underleverandørkontrakten at selskapets representant skal ha adgang til byggeplassen og kontraktsgjenstanden innenfor arbeidstiden. Dette er beskrevet klart i art. 3.3 første ledd, og leverandøren vil kunne komme i mislighold overfor selskapet dersom underleverandøren nekter selskapets representant en slik adgang.

I NF 07 punkt 8.3 første ledd er det beskrevet fire spesifikke forhold som leverandøren har plikt til å videreføre i sine underleverandørkontrakter. «Hensikten er å sikre at underleverandøren formelt trekkes inn i leverandørhierarkiet på de punktene der dette er avgjørende for at hovedkontraktens bestemmelser skal bli effektive. Disse kravene gjelder alle kontrakter om underleveranser, uansett om valget av underleverandør må godkjennes av selskapet»<sup>14</sup> jf. art. 8.1.

Hvis en ser litt nærmere på hvilke forhold selskapet i punkt 8.3 første ledd krever at videreføres til underleverandørene, beskrives disse som følgende:

- a) kontrakten kan overdras til Selskapet*
- b) Underleverandøren inngår i Leverandørgruppen i forhold til reglene i art. 30,*
- c) art. 22 om Eiendomsrett m.v. skal gjelde tilsvarende i forhold[et] mellom Leverandøren og underleverandøren, og*
- d) Selskapet skal sikres de rettigheter til informasjon, teknologi og oppfinnelser som fremgår av art. 33.*

---

<sup>13</sup> Kaasen (2006) s. 203–204. Eksempler på slike plikter som leverandøren må videreføre til underleverandørene for å kunne oppfylle sine plikter overfor selskapet, er blant annet: Selskapet skal ha adgang til byggestedet (art. 3.3), underleverandøren har plikt til å skifte ut personell som oppfører seg klanderverdig (art 3.4), underleverandøren må pålegges plikt til å etterleve bestemmelsene om kvalitetssikring (art 10.2) mfl.

<sup>14</sup> Kaasen (2006) s. 199.

I forhold til kravet i bokstav a) synes det klart at hensikten her må være selskapets behov for å kunne tre inn i leverandørens rettigheter og plikter dersom hovedkontrakten typisk skulle (i) opphøre ved at leverandøren går konkurs, (ii) selskapet velger å heve kontrakten, (iii) avbestille kontrakten, (iv) selskapet har behov for å rette et direkte reklamasjonskrav til underleverandøren<sup>15</sup>, eller (v) ved bortfall på grunn av force majeure.

I fabrikkasjonskontrakter er tiden som regel en svært begrenset ressurs, og verdien samt avkastningen av sluttproduktet er normalt veldig høy. Det vil derfor vanligvis være svært avgjørende for selskapet å kunne tre inn i underleverandørkontrakter i tilfellene som er nevnt over. Selskapet har altså betinget seg en rett til å kunne rette direktekrav mot underleverandøren. Underleverandørens ansvar, vil likevel som følge av et slikt direktekrav, ikke kunne øke i forhold til det ansvar han har etter underleverandøravtalen. NF 07 legger opp til en direktekravløsning som bygger på subrogasjonsmodellen<sup>16</sup>, noe som betyr at selskapet betinger seg retten til å tre direkte inn i leverandørens krav mot underleverandøren.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Jf. NF 07 art. 23.4. Dette innebærer at selskapet har en rett til å gjøre gjeldene garantier direkte mot underleverandøren, dersom disse er mer fordelaktige enn de leverandøren har gitt, uten at det da først må skje en overføring av underkontrakten iht. art 8.3 a.

<sup>16</sup> Kjøpsloven § 84(1) og avhendingsloven § 4-16 første ledd legger opp til subrogasjonsmodellen. I forarbeidene til avhendingsloven, Ot.prp.nr.66 (1990-1991), er bestemmelsen i § 4-16 nærmere omtalt på side 112. Departementet uttaler der at: «Framlegget til første ledd bygger på det såkalla «subrogasjonssynspunktet»; kjøparen har ein rett etter lova til å tre inn i seljaren sitt krav mot tidlegare kontraktspartar... Departementet finn ikkje grunn til å følgje systemet i lausøyrekjøpslova der lova skil mellom direktekrav kjøparen får ved å kunne tre inn i seljaren sitt krav (§ 84 første ledd), og direktekrav ved å gjere gjeldande sitt eige krav (§ 84 andre ledd). Ei slik sontring er komplisert, og vil heller ikkje høve på same vis ved avhending av fast eigedom som ved lausøyrekjøp.»

<sup>17</sup> Hadde NF-standardene lagt opp til modellen med «springende regress», hadde ikke det ledet til andre resultater enn et krav mot kontraktsmotparten, som siden måtte følges opp med et regresskrav mot hjemmelsmannen.

Bokstav b) regulerer at NF 07 «bygger på et «knock for knock»- system mht. hvordan risikoen for skader og tap i anledning kontraktarbeidet skal reguleres mellom partene, se art. 30. Denne [knock for knock] reguleringen forutsetter at alle leddene i både leverandør- og selskapshierarkiene innordner seg dette systemet. Hvis ikke, tapes en del av den effektivitet som er hensikten».<sup>18</sup> Dette betyr at en klausul om skadesløsholdelse, mellom selskapsgruppen og leverandørgruppen, må videreføres mellom leverandøren og dennes underleverandører. Gjøres ikke dette, vil et krav fra underleverandøren mot selskapet ende opp hos leverandøren, selv om det er selskapet som er skyld i en skade på underleverandørens utstyr. NF 07 art. 30.1 tredje ledd beskriver at leverandøren «så langt praktisk mulig skal sørge for at andre selskaper i leverandørgruppen<sup>19</sup> fraskriver seg muligheten til å gjøre gjeldende krav som omfattes av Leverandørens plikt etter bestemmelsene i art. 30.1».

Spørsmålet om hvor grensen går for hva som er «praktisk mulig» for leverandøren å videreføre til de andre selskapene i leverandørgruppen, kan være vanskelig å fastslå. Som eksempel kan man tenke seg en situasjon der en transportør ved levering av varer til leverandøren skader en av selskapets medarbeidere. Siden transportøren kommer for å levere varer som leverandøren har bestilt til bruk på kontraktsgjenstanden, vil transportøren fort kunne bli regnet som en del av leverandørens underleverandører, og således også som en del av

---

I praksis er løsningen med springende regress unødig problematisk ettersom mangels- eller kravsvurderingen må gjøres i flere ledd. Som eksempel legger håndverkertjenestelova § 27 og bustadoppføringslova § 37 opp til modellen med springende regress med direktekrav.

<sup>18</sup> Kaasen (2006) s. 200. [Knock for knock prinsippet innebærer] at krav i anledning skade på underleverandørens personell eller ting i forbindelse med utarbeidelse av kontraktarbeidet, ikke skal kunne fremsettes mot selskapet eller for eksempel en sideordnet leverandør, men bare mot leverandøren. Dette gjelder uavhengig av hvordan skaden har oppstått, eller hvordan vanlige erstatningsregler utpeker den erstatningsansvarlige (jf. art. 30.1).

<sup>19</sup> Se definisjon i NF 07 art. 1.15.



leverandørgruppen. Selv om det er «praktisk mulig» at leverandøren inkorporerer transportørene i leverandørgruppen, vil dette kunne avhenge av hvorvidt det dreier seg om en fast transportør, eller om dette varierer.

For at leverandøren skal kunne videreføre de forpliktelsene som hovedkontrakten krever, er det viktig at leverandøren har et aktivt forhold til hvor grensene for leverandørgruppen skal trekkes. Er leverandøren i tvil om dette, må det avklares med selskapet. I eksempelet over ville selskapet kunne ha rettet et krav mot transportøren dersom han ikke ble ansett for å være en del av leverandørgruppen.

Bokstav c) regulerer selskapets eiendomsrett til kontraktsgjenstanden og er naturligvis svært viktig for selskapet. Poenget med denne reguleringen er «å regulere overgangen av «eiendomsretten» fra leverandøren til selskapet *i relasjon til tredjemenn*<sup>20</sup>, i første rekke kreditorene». <sup>21</sup> For at denne eiendomsretten skal beholdes også når leverandøren setter bort deler av oppdraget til underleverandører, er det svært viktig at dette kravet speiles i underleverandørkontraktene.

Bokstav d) regulerer at selskapet har et behov for å sikre seg rettighetene til den informasjon, teknologi og de oppfinnelser som er beskrevet i NF 07 art. 33. Bakgrunnen er at det i art. 33.1 annet ledd annet punktum er tatt en bestemmelse som sier at selskapet kun har

---

<sup>20</sup> En problemstilling som oppstår her, er om leverandørens kreditorer må bøye av for en slik avtale om at «Selskapet blir eier av Kontraktsgjenstanden etter hvert som Arbeidet utføres» jf. art 22.1.. Hovedregelen er at løsøre må være overlevert til kjøperen for at eieren skal være beskyttet mot leverandørens kreditorer. For å ha mulighet til å beskytte seg i slike tilfeller er det to muligheter for selskapet: For det første er det etablert en egen registreringsordning i skipsbyggingsregisteret som blant annet gjelder faste innretninger og større seksjoner av faste innretninger som skal plasseres på norsk kontinentalsokkel. For det annet er det sannsynlig at «interesseløren» likevel kan gi tilstrekkelig grunnlag for at selskapets avtalte eiendomsrett etter kontrakten har rettsvern.

<sup>21</sup> Kaasen (2006) s. 534.

krav på denne informasjonen dersom ikke tredjemannsrett er til hinder for dette. Ved å kreve en slik rett «back to back»-regulert i hele leverandørhierarkiet, betinger selskapet seg likevel en slik rett som tredjemann ellers kunne hindret med hjemmel i art. 33.1 annet ledd annet punktum.

Som en ser, er selskapets krav, om at reguleringer i hovedkontrakten også skal gjelde underleverandørene, ganske omfattende. Dette gjelder likevel stort sett reguleringer som tar for seg områder som ikke bør legge kommersielle hindringer for leverandørens valg av underleverandører. Hensikten synes klart å være at selskapet ønsker full kontroll over alle forhold rundt kontraktsgjenstanden for å kunne hindre at uforutsette hendelser skal forsinke fremdrift eller tilgang til viktig teknologi.

### **2.3 Hvorfor er leverandøren interessert i «back to back»-reguleringer?**

Hovedårsaken til at leverandørens ønsker om å «back-to-back»-regulere mange av sine forpliktelser i hovedkontrakten, er at han som beskrevet i kapittel 2.2. pålegges dette i hovedkontrakten.<sup>22</sup> Nedenfor har jeg satt inn et eksempel på hvordan en betydelig leverandør til norsk petroleumsvirksomhet har videreført disse forpliktelsene i sine «Standard Terms and Conditions». Leverandøren må her forstås som «BUYER» og underleverandøren som «SELLER»:

#### *Intellectual property rights*

*All intellectual property rights in the GOODS and DOCUMENTS and WORK developed by SELLER or its subcontractors in connection with the PURCHASE ORDER or otherwise arising out of the WORK shall be the property of BUYER.*

Som en ser, viderefører leverandøren her effektivt de forpliktelsene det påligger ham i henhold til NF 07 art. 8.3 bokstav d, jf. art. 33.

---

<sup>22</sup> Jf. NF 07 art. 8.3.

Leverandøren har også stor egeninteresse av å «back to back»-regulere sine forpliktelser og sitt ansvar overfor selskapet. Kontraktsperioden skal ofte gjennomføres etter svært korte tidsfrister, og i løpet av denne perioden mottar leverandøren en betydelig mengde kontraktsunderlag fra operatøren. For å slippe å utarbeide helt egne kontrakter for hver enkelt underleverandør, kan leverandøren ved en «back to back»-regulering av hele eller deler av hovedkontrakten relativt enkelt og effektivt løse disse kontraktsforholdene. Dersom leverandøren ønsker at underleverandørene skal arbeide innenfor de samme rammene som han selv er underlagt, kan han effektivt løse dette ved å utarbeide et enkelt avtaledokument som beskriver at hele eller klart definerte deler av hovedkontrakten også skal gjelde for underleverandørkontrakten. Dette resulterer naturligvis i at han påfører underleverandørene en stor jobb. En ansvarlig underleverandør må da foreta en nøye gjennomgang av hovedkontrakten for å få oversikt over hvilke forpliktelser han påtar seg. For leverandøren som normalt har svært mange underleverandørkontrakter som skal etableres, ser en likevel at dette er en effektiv måte å få på plass disse.

En annen viktig årsak til at leverandøren kan tenkes å benytte «back to back»-reguleringer i et kontraktsforhold med sine underleverandører, er at dette kan være en trygg måte å sikre at kostnader som oppstår som følge av underleverandørens mislighold, kan viderebelastes underleverandøren. I hvilke situasjoner dette er praktisk, og hvordan det best kan løses, blir gjennomgått grundig i kapittel 3.

## **2.4 Kan underleverandøren ha interesse i «back to back»-reguleringer?**

Sett fra underleverandørens side er det normalt en stor fordel å slippe «back to back»-reguleringer i avtalen med leverandøren. Dette gjelder spesielt dersom han er usikker eller ikke skjønner hva disse innebærer. Risikoen er generelt større enn fordelene for underleverandøren ved denne type reguleringer, da det ofte er vanskelig tilgjengelig for underleverandøren å vurdere hva den faktiske risikoen i mange av disse reguleringene kan være. Et eksempel kan være kostnader i forbindelse med endringer i fremdrift som underleverandøren pådrar seg, men som han i en «back to back»-regulering kan ha akseptert å ikke få dekket uten at leverandøren skal kompenseres tilsvarende av selskapet.

Det kan også tenkes fordeler for en underleverandør der alle hovedkontraktens reguleringer speiles nedover. Han vil som eksempel få innsikt i hovedkontraktens bestemmelser, og dermed være trygg på at han jobber under de samme forutsetninger som leverandøren. Der- som hovedkontraktsforholdet inneholder en stor forretningsmessig oppside, kan det i et slikt tilfelle fremstå som mer attraktivt for underleverandøren å akseptere en slik klausul, hvis den også medfører en tilsvarende oppside for ham.

### **3 Ulike former for implementering av «back to back»-reguleringer – utfordringer i et rimelighetsperspektiv**

#### **3.1 «Back to back» er ikke et entydig bestemt prinsipp**

«Back to back» er ikke et entydig bestemt prinsipp. Ved en gjennomgang av forskjellige «back to back»-varianter kom Engeseth, i sin artikkel i LoR, frem til at det er to hovedvarianter som fremstår som typiske. Disse valgte han å kalle for (i) «back to back» på regelnivå og (ii) «back to back» på konsekvensnivå.<sup>23</sup> Denne oppdelingen har senere fått god oppslutning, spesielt i de juridiske miljøene, da det er enighet om at denne oppsplittingen vil kunne bidra til et mer bevisst forhold til hva kontraktens «back to back»-klausuler faktisk har til hensikt å regulere. Dette vil også kunne bidra til at partene lettere får oversikt over hvorvidt hensikten er oppnådd og risikobildet forstått. Jeg vil nedenfor redegjøre nærmere for disse to hovedvariantene.

#### **3.2 «Back to back» på regelnivå**

«Med «back to back» på regelnivå [menes]... en tilnærmet direkte anvendelse av kontraktens regler og ordlyd på kontrakter på lavere nivå i hierarkiet. Man opprettholder prinsippet om at kontraktsforholdet mellom leverandøren og underleverandøren er et separat forhold som i ett og alt må bedømmes som nettopp dette, men med (tilnærmet) samme ordlyd i

---

<sup>23</sup> Engesæth Arne, LoR 1996, s. 369.

kontraktsbestemmelsene som i hovedkontrakten.»<sup>24</sup> Hovedpoenget med å benytte «back to back»-regulering på regelnivå er primært knyttet til et ønske om at leverandøren og underleverandøren skal være bundet av de samme forpliktelsene som er beskrevet i hovedkontraktsforholdet.

Følgende kan være et typisk eksempel på når det hadde vært praktisk for leverandøren at reglene om mangels- og garantiansvar i NF 07 art. 25 hadde vært speilet i underleverandørkontrakten: En leverandør har behov for å kjøpe inn lysarmaturer til en modul fra en underleverandør. Disse selges normalt fra produsentene eller grossistene med NL 09 som leveringsbetingelser. Disse leveringsbetingelsene gir leverandøren ett års garanti fra leveringsdatoen for eventuelle mangler.<sup>25</sup> Leverandøren må på sin side garantere for at kontrakts-gjenstanden gjennom en garantiperiode på «to år fra opprettelse av leveringsprotokollen»<sup>26</sup>, eller «to år fra overtakelsestidspunktet»...»<sup>27</sup>. Dersom leverandøren får levert disse lysarmaturene på et tidlig tidspunkt i prosjektet, for at disse f.eks. i anleggsperioden også skal kunne fungere som arbeidslys, vil leverandøren kunne risikere at garantiperioden er utløpt allerede før han overleverer modulen til selskapet. Hadde derimot dette mangels- og garantiansvaret i underleverandørkontrakten vært regulert med en «back to back»-klausul med basis i reglene i det overliggende kontraktsforholdet, hadde leverandøren fortsatt hatt sitt garantikrav overfor underleverandøren i behold. I NIB 05 art. 15.2 har de innarbeidet en regulering som tar høyde for et slikt tilfelle ved å beskrive følgende: «Garantiperioden for Leveransen utløper 24 måneder fra Kjøpers leveringsdato i henhold til den Overliggende Kontrakt, og slik den er fastsatt i Leveranseformularet». Her ser en hvordan reglene for garantiperioden i den overliggende kontrakten, enkelt kan speiles i underleverandørkon-

---

<sup>24</sup> Engesæth Arne, LoR 1996, s. 369.

<sup>25</sup> Se NL 09 ALMINNELIGE LEVERINGSBETINGELSER pkt. 23. «Selgerens ansvar omfatter bare mangler som viser seg i løpet av ett år fra den dag Produktet ble levert. Anvendes Produktet mer intensivt enn avtalt, forkortes denne periode i tilsvarende grad».

<sup>26</sup> Se NF 07 art. 23.2 a).

<sup>27</sup> Se NF 07 art. 23.2 b).

trakten. Man får her effektivt regulert at det er leveringsdatoen i det overliggende kontraktsforholdet som bestemmer når garantiperioden i underleverandørkontrakten skal begynne å løpe.

### 3.2.1 Nærmere om årsaken til at «back to back» på regelnivå benyttes

En av hovedårsakene til at «back to back»-reguleringer på regelnivå benyttes, er at standardene på flere områder setter krav til at bestemmelser i kontrakten mellom selskapet og leverandøren også skal gjelde hele leverandørgruppen.<sup>28</sup> Ved å speile reguleringene i hovedkontrakten i underleverandørkontraktene, oppnår leverandøren at underleverandørens forpliktelser blir de samme som leverandørens egne forpliktelser overfor selskapet. Det vil som eksempel medføre at en mangel etter det overliggende kontraktsforholdet også er en mangel etter underleverandørkontrakten. Dette kan være praktisk der hovedkontrakten stiller strengere krav til kvaliteten enn hva som ellers er normalt.

En annen årsak er at leverandøren søker å hindre at kritiske bestemmelser glemmes, eller at man gjør omformuleringer i underleverandøravtalen, som innebærer at man får utilsiktede forskjeller.<sup>29</sup> Ved å kreve at de samme kontraktsreguleringene benyttes på alle nivåer i kontraktshierarkiet, oppnår leverandøren nettopp at reglene forblir like, og at ingenting dermed blir uteglemt

Leverandøren jobber som nevnt ofte ut fra knappe tidsfrister i forbindelse med både anbuds- og kontraktsgjennomføring. Det vil derfor være svært krevende å utarbeide egne kontrakts- og anbudsunderlag til sine underleverandører, som er tilpasset hver enkelt forespørsel eller kontrakt fra operatørselskapene. En slik «back to back»-regulering på regel-nivå kan derfor umiddelbart synes både effektiv og fornuftig. Det vil likevel være tilfeller der

---

<sup>28</sup> Se NF 07 f.eks. art. 30.1 b) der «Leverandøren så langt som praktisk mulig skal sørge for at andre selskaper i Leverandørgruppen fraskriver seg retten til å gjøre krav gjeldene...»

<sup>29</sup> Marie Braadland og Line Wefald. Ikke bare med «back to back». Kronikk i offshore.no 22.02.2013.

det er ønskelig for partene å gjøre tilpasninger i kontraktsbestemmelsene når det gjelder det overliggende kontraktsforholdet, og en ren speiling vil derfor ofte være lite praktisk.

### 3.2.2 Hvordan implementeres «back to back»-klausuler på regelnivå hensiktsmessig inn i underleverandøravtalen?

Et bra utgangspunkt vil ofte være følgende struktur: (i) Det utarbeides et kortfattet avtaledokument hvor det vises til at hele eller definerte deler av hovedkontrakten skal være gjeldende også for underleverandørkontrakten. (ii) Avtaledokumentet må beskrive at der hvor det i hovedkontrakten står operatørens navn, skal dette forstås som leverandørens. Og videre; der det står leverandørens navn, skal dette forstås som underleverandøren. I de tilfellene som er nevnt i kapittel 2.2, hvor leverandøren er forpliktet til å videreføre visse rettigheter for selskapet, må en beskrive at operatørens navn skal forstås som både leverandøren og selskapets navn. Ellers kan leverandøren risikere at han kun sikrer sine egne interesser, mens selskapet mister sin rettighet til å kunne forholde seg direkte til underleverandøren. (iii) Hovedkontrakten rangeres så til det høyest prioriterte vedlegget til avtaledokumentet. (iv) Dersom en ønsker å gjøre flere tilpasninger til bestemmelsene i hovedkontrakten, kan også disse innarbeides i avtaledokumentet.

Selv om leverandøren i avtaledokumentet har fått «back to back»-regulert sine forpliktelser overfor selskapet, er det behov for å gjennomgå hovedkontraktens arbeidsomfang, frister samt garanti- og mangelsbestemmelser. Med bakgrunn i denne gjennomgangen, må man i avtaledokumentet «fastsette retningslinjer for hvordan de forskjellige deler av hovedkontraktenes bilag skal brukes i underleveransen».<sup>30</sup> Årsaken er at det normalt er nødvendig å tilpasse omfanget til den enkelte underleveranse, og samtidig sikre at leverandøren fremdeles skal kunne opprettholde sine forpliktelser overfor selskapet.

Her kan det tenkes at det i hovedkontrakten er avtalt fastpris for en jobb, som for leverandøren i realiteten består i å sammenstille flere underleveranser. Det er naturligvis da avgjø-

---

<sup>30</sup> Sel Engesæth Arne, LoR 1996, s. 371.

rende at ratene i underleverandørkontraktene tilpasses den enkelte underleverandørs bidrag til totalleveransen.

Når det gjelder fremdriftsplan vil det også normalt være avgjørende for leverandøren at det settes en kortere tidsfrist for underleverandøren. Dette skyldes at leverandøren i de aller fleste tilfeller vil ha behov for en viss tid til å nyttiggjøre seg underleveransen for ikke å komme i leveringsmislighold overfor sin oppdragsgiver. Måten dette best kan løses på, er at man i avtaledokumentet beskriver at tidsplanen i hovedkontrakten også skal gjelde i underleverandørforholdet, men med for eksempel minus 30 dager på terminer som er beskrevet i hovedkontrakten.

Skulle underleverandøren bli forsinket med sin leveranse, og man benytter standardenes system med hensyn til dagmulkt på regelnivå, vil det kunne oppstå en asymmetri fordi dagmulkten normalt fastsettes som en andel av kontraktssummen.<sup>31</sup> Dagmulkten blir dermed høyere i hovedkontrakten, dersom underleverandørens forsinkelse medfører tilsvarende forsinkelse i hovedkontraktsforholdet. Dette kan løses ved at man setter den prosentvise dagbotsatsen i underleverandørkontrakten høyere enn i hovedkontrakten, eller at man i avtaledokumentet setter inn en regulering som viderefører det tapet underleverandører påfører leverandøren med forsinkelsen.<sup>32</sup> Man beveger seg i et slikt tilfelle inn på en «back to back»-regulering på konsekvensnivå som jeg går nærmere inn på under kapittel 3.3.

---

<sup>31</sup> Den prosentvise dagboten for ikke å nå en milepæl eller sluttdato er iht. NF 07 art. 24.2 annet ledd 0,15 % av kontraktsverdien på den dagbotsanksjonerte milepælen eller sluttdatoen.

Det kan derfor være avklarende å definere hvilken kontraktspris underleverandørkontrakten henviser til, og hva denne konkret gjelder. Her kan det tenkes at leverandøren tenker på det overliggende kontraktsforholdet, mens underleverandøren tenker på kontraktsprisen på den konkrete varen/leveransen som er forsinket.

<sup>32</sup> Et eksempel på dette kan være at den maksimale dagboten i NIB 05 art. 14.1 er satt til 15 %, mens den i NF 07 art. 24.2 er 10 %.



Det kan videre være nødvendig å regulere mangels- og garantibestemmelsene i underleverandørkontrakten. Som en så i eksempelet i punkt 3.2., kan rene produktleveranser ofte ha helt andre garanti- og reklamasjonsregler enn de som gjelder i henhold til NF 07, og leverandøren er dermed ofte nødt til å ta høyde for at han har en lenger garantitid i sin kontrakt med selskapet. I tillegg til denne konkrete tidsforskjellen mellom underleverandørens normale garantibetingelser og garantibetingelsene i standarden, kommer at underleverandøren også normalt leverer en periode før det tidspunktet som leverandøren skal levere den ferdige kontraktsgjenstanden til selskapet. Man risikerer altså her at reklamasjonsfristene hverken er harmonisert i lengde, eller fra det tidspunktet disse begynner å løpe. Dersom leverandøren ønsker å hindre at han selv må dekke et eventuelt garantikrav fra selskapet i denne perioden, må det justeres for slike tilfeller i underleverandøravtalen.

Det vil også være naturlig å nevne varslingsfristene spesielt i underleverandøravtalen. Varslingsfrister i standardene er normalt «uten ugrunnet opphold»<sup>33</sup>. En direkte speiling av denne reguleringen i underleverandøravtalen kan fort medføre at varslingen vil skje for sent i hovedkontraktsforholdet. Leverandøren vil vanligvis ha behov for noe tid til egen saksbehandling, og dersom underleverandøren bruker maksimalt av den tidsfristen som betraktes som «uten ugrunnet opphold», vil leverandøren kunne komme i tidsnød når det gjelder sin egen frist overfor selskapet.<sup>34</sup> Det bør derfor legges inn regulering om kortere varslingsfrist i underleverandøravtalen, for å sikre at leverandørens krav overfor selskapet ikke kan bli prekludert før leverandøren rekke å videreformidle underleverandørens varsel.

---

<sup>33</sup> Tidsfristen «uten ugrunnet opphold» vil være svært situasjonsavhengig. Et utgangspunkt er likevel at dersom leverandøren holder seg innenfor en 14 dagers periode fra fristen begynner å løpe, vil dette normalt bli akseptert som tidsnok.

<sup>34</sup> Engesæth Arne, LoR 1996, s. 370.: «Anvendelse av slike standarder vil bl.a. måtte preges av hvor mange ledd i kontraktspyramiden man skal gjennom i en konkret situasjon. Man ser imidlertid at slike standardpregede fristregler er noe oppdragsgivere på flere nivåer søker å bytte ut med spesifikke tidsangivelser».

I avtaledokumentet vil det også være fornuftig å kort nevne formålet med den «back to back»-reguleringen som er valgt. Dersom formålet uttrykkes klart i avtaledokumentet, vil en i etterkant få en langt lettere jobb hvis det skulle oppstå tvil om omfanget av «back to back»-reguleringen.

To eksempler på hvordan dette kan uttrykkes i avtaledokumentet kan være illustrerende:

- (i) Faneklausul<sup>35</sup>: Hensikten er at denne kontrakten skal speile vilkårene i hovedkontrakten slik at leverandørens forpliktelser etter hovedkontrakten gjelder tilsvarende i kontraktsforholdet mellom leverandøren og underleverandøren. Dette gjelder med mindre noe annet klart fremgår av sammenhengen. Ved tolkning av denne kontrakten skal det legges stor vekt på dette formålet.
- (ii) «Paramount»-klausul: «'Back-to-back'-prinsippet skal ha forrang foran alle andre bestemmelser, og ved eventuell utilsiktet motstrid mellom Hovedkontraktens regulering og Underentreprenøravtalens regulering, skal den reguleringen som følger av Hovedkontrakten også gjelde for Underentrepriseavtalen».<sup>36</sup>

Et alternativ til å innarbeide tilpasninger til hovedkontrakten inn i avtaledokumentet, er at disse kan settes inn i et eget dokument som kan kalles «spesielle vilkår og betingelser», og som må gis rang foran hovedkontrakten. Jeg kommer nærmere inn på hvordan dette kan gjøres i kapittel 4.6.

En tredje variant som ofte benyttes ved mindre innkjøp av standard materiell, er at det på selve bestillingen er trykket et sett standardiserte innkjøpsbetingelser hvor de aktuelle «back to back»-reguleringene inngår. Ofte er det kun selve bestillingen<sup>37</sup> som utgjør kontraktsdokumentet mellom partene. Jeg ser under kapittel 4.5 litt nærmere på slike standardiserte innkjøpsbetingelser.

---

<sup>35</sup> Schjødt, foredrag industriseminar 2014, Geilo, foil 7.

<sup>36</sup> Schjødt, foredrag industriseminar 2014, Geilo, foil 8.

<sup>37</sup> Normalt benyttes den engelske betegnelsen *Purchase Order* (PO) for petroleumskontrakter.

Uansett hvilken løsning som velges, er det viktig at underleverandøren har full oversikt over alle de nevnte avtalereguleringene før han gir sitt endelige pristilbud, eller signerer en kontrakt med leverandøren. Risikoen i disse reguleringene må ikke overses, og det må tas høyde for denne risikoen i prisingen.

### 3.2.3 «Back to back» på regelnivå i et rimelighetsperspektiv

Hovedpoenget med «back to back»-regulering på regelnivå, er at hovedkontraktens regler brukes på alle nivåer i kontraktshierarkiet. Dette fremstår i de aller fleste tilfeller som rimelig og balansert, forutsatt at man i avtaledokumentet foretar de presiseringene som er gjennomgått ovenfor i kapittel 3.2. Det kan likevel tenkes tilfeller der reglene i hovedkontrakten kan fremstå urimelige når disse benyttes uendret i de underliggende kontraktene.

Reglene om preklusjon i art. 6.1 tredje ledd er et eksempel på en slik regel. Dersom en liten underleverandør uaktsomt overser en feil i et omfattende tegningsunderlag, kan det stilles spørsmål om det fremstår som rimelig at han risikerer å måtte bære alle direkte ekstra utgifter som leverandøren pådrar seg som følge av dette. Det kan i et slikt tilfelle tenkes at det oppstår forsinkelser som må forseres, med de utgiftene dette kan medføre. I dette tilfellet ser man også at en «back to back»-regulering av reglene i hovedkontrakten, ender opp med et konsekvensorientert resultat for underleverandøren. Underleverandøren eksponeres dermed for å måtte dekke alle leverandørens ekstra kostnader, uten at disse på noen måte er knyttet opp mot underleverandørkontraktens verdi. Fra leverandørens side kan dette fremstå som et rimelig resultat, mens det for underleverandøren raskt kan resulterer i en kostnad som er vesentlig høyere enn hans totale verdiskapning i prosjektet.

Et annet eksempel er en direkte «back to back»-regulering av hovedkontraktens regler på underleverandørkontrakter som omhandler kjøp av standard materiell. Her vil man kunne ende opp med et sett regler som er ment benyttet i en omfattende fabrikasjonskontrakt i en klassisk kjøpekontrakt. Problemstillinger i forbindelse med denne type kontrahering ser jeg nærmere på i kapittel 4.

### 3.3 «Back to back» på konsekvensnivå

Det omtales gjerne som «back to back» på konsekvensnivå når bestemmelser fra hovedkontrakten blir inntatt i underkontrakten med det formål å gi underleverandøren nøyaktig de samme fordeler og ulemper som leverandøren har etter hovedkontrakten.<sup>38</sup>

#### 3.3.1 Nærmere om årsaken til at «back to back» på konsekvensnivå benyttes

«Ved 'back to back' på konsekvensnivå flyttes fokus fra reglene i hovedkontrakten til hvorledes leverandøren rent faktisk blir stillet under kontraktsgjennomføringen. Leverandørens siktemål ved å benytte denne kontraheringsvarianten er at han vil sikre seg mot enhver risiko som utspringer fra underleveransen.»<sup>39</sup>. Det kan tenkes flere tilfeller hvor en slik ryggdekning vil være praktisk for leverandøren.

Et eksempel kan være dersom leverandøren blir forsinket med sin leveranse på grunn av forhold som skyldes underleverandøren, og derfor blir påført dagbøter fra selskapet. Her vil det være svært praktisk for leverandøren at dagboten kan viderebelastes underleverandøren i sin helhet, og ikke bare som en dagbot beregnet ut fra underleverandørens kontraktspris.

Et annet eksempel kan være dersom leverandøren ikke får aksept for endringsordrekrav som stammer fra underleverandøren. Her vil gjerne leverandøren slippe å betale underleverandøren for dennes endringsordrekrav før han eventuelt har fått full dekning for disse hos selskapet.

Videre kan det tenkes at leverandøren blir påført kostander som følge av mangler eller reklamasjoner som stammer fra underleverandørens leveranse. I dette tilfellet ønsker leverandøren å kunne viderebelaste underleverandøren for alle reparasjons- eller ombyttingskostnadene, også dersom leverandøren påføres kostnader ved at underleverandøren ikke

---

<sup>38</sup> Marie Braadland og Line Wefald. Ikke bare med «back to back». Kronikk i off-shore.no 22.02.2013.

<sup>39</sup> Engesæth Arne, LoR 1996, s. 373.

innen fristen foretar reklamasjonsarbeidet. De kostnadene leverandøren påføres som følge av at underleverandøren ikke utbedrer mangelen i tide, viderebelastes da underleverandøren i sin helhet. Som en ser, oppnår leverandøren med denne type «back to back»-regulering en svært trygg ryggdekning for sine krav og forpliktelser overfor underleverandøren.

Konsekvensene for underleverandøren kan imidlertid fort bli svært tunge, all den tid de økonomiske konsekvensene som underleverandøren i et slikt tilfelle utsettes for ofte blir beregnet med utgangspunkt i hovedkontraktsverdien. Underleverandørens kontraktsverdi vil gjerne være av beskjeden verdi i forhold til verdien av hovedkontrakten. Det forholdet at underleverandøren sjeldent har oversikt over hverken verdien på hovedkontraktsforholdet, eller hvilken konsekvens hans mislighold kan påføre leverandøren, gjør at underleverandørens risikoeksponering nærmest også fremstår som et objektivt ansvar også for leverandørens indirekte tap.

NF 07 art. 32. beskriver imidlertid at leverandøren ikke er ansvarlige for indirekte tap. Det må derfor kunne stilles spørsmål om en underleverandør likevel fraskriver seg denne begrensningen i sin risikoeksponering ved å akseptere en «back to back»-regulering på konsekvensnivå, og i så fall om dette fremstår som rimelig. Jeg ser litt nærmere på denne problemstillingen i kapittel 5.

En underleverandør som har inngått en underleverandørkontrakt som inneholder en «back to back» regulering på konsekvensnivå fra hovedkontrakten, vil normalt være helt avhengig av en lojal leverandør. Optimalt bør leverandøren i disse tilfellene ha samme iver når han overfor selskapet følger opp kravene som stammer fra underleverandøren, som når han følger opp sine egne krav. Hvor langt leverandørens lojalitetsplikt til å følge opp underleverandørens plikter og krav går, ser jeg litt nærmere på nedenfor under kapittel 5. Det er uansett på det rene at underleverandøren her løper en risiko dersom leverandøren ikke prioriterer kravene hans på samme måte som når han fronter sine egne krav. Leverandørens aktivitetsplikt presiseres ofte til at han skal argumentere så godt han kan for underleverandørens

krav, eller tilsvarende argumentere som best han kan mot krav som måtte komme fra sel-  
skapets side.<sup>40</sup>

### 3.3.2 Hvordan implementeres «back to back»-klausuler på konsekvensnivå hensiktsmessig inn i underleverandøravtalen?

Et bra utgangspunkt for hvordan man regulerer «back to back»-klausuler på konsekvens -  
nivå inn i underleverandøravtalen er å benytte den samme hovedstrukturen som ble skissert  
ved implementering av «back to back»-regulering på regelnivå.

Det er imidlertid viktig at det i avtaledokumentet klart beskrives at det er «back to back» på  
konsekvensnivå som gjelder for den aktuelle kontrakten. Denne type «back to back»-  
regulering er ofte langt mer risikofylt for underleverandøren, og det bør derfor klart gå frem  
av avtaledokumentet at underleverandøren har gått nøye gjennom hovedkontrakten, og er  
godt kjent med de rettigheter og plikter han får ved å signere kontrakten. Dette kan gjerne  
beskrives med en «faneklausul» som vist nedenfor. I eksempelet nedenfor må en huske at  
benevnelsen «underleverandøren» og «leverandøren» må byttes ut med en entydig benev-  
nelse som for eksempel partenes firmanavn:

«Det bekreftes herved at underleverandøren kjenner hovedkontrakten inngående, og påtar  
seg å gjøre alt som er nødvendig for at leverandøren skal kunne utføre sine forpliktelser i  
henhold til hovedkontrakten. Underleverandørens ansvar begrenser seg til forhold som  
gjelder det leveranseomfang som er gjeldende i henhold til underleverandøravtalen. De  
ekstra tap eller kostnader som leverandøren påføres som en konsekvens av underleverandø-  
rens mislighold, skal dekkes av underleverandøren. Dette gjelder med mindre noe annet  
klart fremgår av sammenhengen. Ved tolkning av denne kontrakten skal det legges stor  
vekt på dette formålet.»

---

<sup>40</sup> Engesæth Arne, LoR 1996, s. 373.

Det vil også være fornuftig for leverandøren å presisere med en «paid if paid»-klausul dersom partene er enige om dette. På denne måten vil en tydeliggjøre at når leverandøren ikke får betalt, vil heller ikke underleverandøren få betalt for sine krav, ved for eksempel endringer. Siden underleverandørens ansvar er knyttet til arbeidsomfanget og fremdriftsplanen i underleverandørkontrakten, er det svært viktig å gjøre de nødvendige tilpasninger i disse. Det bør som vist i eksempelet også gå klart fram av avtaledokumentet at underleverandøren fullt ut er ansvarlig for hele det tapet han måtte påføre leverandøren ved ikke å levere i henhold til sine kontraktsforpliktelser. Dette kan typisk være dersom selskapet ikke betaler leverandøren på grunn av mangler ved underleveransen, eller dersom leverandøren påføres dagbøter som skyldes forsinket levering fra underleverandøren. Det vil også være fornuftig å beskrive klart hvordan endringsordresystemet ut over «paid if paid»-reguleringen er tenkt regulert, og hvordan underleverandøren skal kunne sikre sine rettigheter når det gjelder dette. Det kan videre være naturlig å ta inn i avtaledokumentet at betalingsbetingelsene innebærer at underleverandøren ikke får betalt for sin leveranse før f.eks. 14 dager etter at leverandøren har fått betalt fra selskapet, for at leverandøren skal få den nødvendige tid til dette.

Ved mindre innkjøp av standard materiell vil «back to back»-reguleringer på konsekvensnivå kunne inngå som en del av de standardiserte innkjøpsbetingelsene til leverandøren. Disse er gjerne trykket direkte på eller sendes sammen med selve bestillingen. Her kan det være vanskelig for underleverandørene å få med seg hvor stor risiko det faktisk kan medføre å akseptere disse. Denne type standardiserte innkjøpsbetingelser vies generelt lite oppmerksomhet fra underleverandørene, men kan like fullt bli oppfattet som akseptert ved å effektivere bestillingen uten ytterligere kommentarer. Jeg ser nærmere på dette i kapittel 4.5.

### 3.3.3 «Back to back» på konsekvensnivå i et rimelighetsperspektiv

Det er lett å se at denne type «back to back»-reguleringer reiser mange spørsmål vedrørende omfang og rimelighet overfor underleverandøren, selv om en slik løsning naturligvis er svært praktisk for leverandøren. Underleverandøren har i de fleste tilfeller liten oversikt over hvor stor del av totalkontrakten underleveransen representerer. Han vil også få den

samme betalingen uavhengig om leveransen representerer en liten eller stor del av hovedkontrakten, mens risikoeksponeringen vil øke i takt med størrelsen på hovedkontrakten.

Dersom det avtales at underleverandøren skal dekke det eventuelle tapet han pådrar leverandøren, anbefales på det sterkeste at en ansvarsbegrensning innarbeides i underleverandørkontraktene. Denne ansvarsbegrensningen bør da knyttes opp mot underleverandørens kontraktsverdi. På denne måten tydeliggjør avtalen hvor langt underleverandørens ansvar skal strekke seg, samtidig som det blir presisert at det ikke dreier seg om et ubegrenset ansvar for underleverandøren. Leverandøren oppnår likevel at underleverandørens ansvar kan strammes opp i forhold til en ren speiling av reglene i hovedkontrakten.

For å presisere viktigheten av at underleverandøren må levere til avtalt tid, er det også en løsning at dagbotsatsen som eksempel økes til 1 % pr. dag, med en maksimal begrensning på 50 % av kontraktsprisen i underleverandørkontrakten. På denne måten vil en underleverandør måtte stå til ansvar for en større del av den konsekvensen som han påfører leverandøren, samtidig som dagbotens størrelse vil gi et sterkt insitament for underleverandøren til å levere til avtalt termin. På denne måten ser man at en økning av dagbotsatsen i forhold til reglene i hovedkontrakten, medfører en bevegelse fra en ren regelbundet «back to back»-regulering mot en konsekvensorientering som kan fremstå som mer rimelig.

Hvor store konsekvenser en underleverandør må forventes å tåle, før en ved rimelighets-sensur tilsidesetter en konsekvensorientert «back to back»-regulering, ser jeg nærmer på i kapittel 5.

### **3.4 Særlig om «back to back»-regulering av endringer<sup>41</sup>**

Det kan være svært praktisk for leverandøren at konsekvensene av endringsbestemmelsene fra hovedkontrakten blir videreført i avtalene med underleverandørene. På denne måten sikrer leverandøren at underleverandørene ikke får hverken betalt for kostnadene med end-

---

<sup>41</sup> Se del IV art. 12–16 i NF 07 som omhandler endringsreglene det her siktes til.



ringen og/eller justert fremdriftsplanen, dersom ikke leverandøren selv får aksept for sine krav om dette. Underleverandøren på sin side blir helt avhengig av at leverandøren følger opp underleverandørens krav i forbindelse med endringer av arbeidet, like lojalt som han gjør med sine egne endringsordrekrav. I et fabrikkasjonsprosjekt vil det normalt være et stort antall endringsordrer som enten blir utstedt av selskapet med bakgrunn i et forslag<sup>42</sup> fra leverandøren, eller som en direkte endringsordre<sup>43</sup> fra selskapet. Med bakgrunn i en endringsordre fra selskapet skal leverandøren besvare denne med en eventuell pris- og kostnadskonsekvens.<sup>44</sup> På grunn av den store mengden endringsordrer vil det normalt i et prosjekt alltid være diskusjoner mellom selskapet og leverandøren om både pris- og fremdriftskonsekvensen av disse endringsordrene. Det vil da lett kunne oppstå forhandlingssituasjoner hvor leverandøren må redusere sine krav på enkelte av endringsordrene for å få gjennomslag for andre. I disse situasjonene vil det kunne oppstå en lojalitetskonflikt hvor leverandøren heller søker å få gjennomslag for sine egne endringsordrer, enn for de krav han fremmer som stammer fra en av underleverandørene sine.

En noe annen situasjon kan tenkes der en hovedleverandør forliker 5 endringer med selskapet med 60 % uttelling, og hvor alle endringene kommer fra samme underleverandør. En problemstilling her blir om det er rimelig at leverandøren i det hele tatt bør kunne påberope seg en slik «back to back»-klausul, og da bare utbetale 60 % til underleverandøren. Eller kan det tenkes at det ligger innfortolket i "back to back"-klausulen at leverandøren her må være lojal mot underleverandøren og kreve at hele kravet dekkes, og at han i det minste må ta underleverandøren med i dialogen med selskapet dersom det er åpenbart at selskapet ikke kommer til å akseptere dette? Disse utfordringene er vanskelige, og derfor svært viktige at partene har fokus på i forkant. Partene bør diskutere nøye gjennom disse problemstillingene før underleverandøren eventuelt aksepterer at slike «back to back»-klausuler blir tatt inn i en underleverandørkontrakt.

---

<sup>42</sup> Jf. NF 07 art. 12.3. Dette blir i prosjektpraksis omtalt som VOR

<sup>43</sup> Jf. NF 07 art. 12.1. Dette blir i prosjektpraksis omtalt som VO

<sup>44</sup> Jf. NF 07 art. 13.

Det vil naturligvis også være både vanskelig og forretningsmessig ubehagelig for en underleverandør dersom han i etterkant måtte bevise at leverandøren har opptrådt illojalt. En god løsning kan derfor være at det etableres gode rutiner for hvordan underleverandøren for eksempel får innsyn i leverandørens korrespondanse i forbindelse med forhandlinger som omhandler endringsordrer. Alternativt bør underleverandøren tas med i forhandlingene der kravene som diskuteres er vesentlige for ham. Det er på det rene at underleverandøren i disse tilfellene kan føle et stort behov for både å delta i byggemøter og eventuelle møter eller forhandlinger direkte med operatøren. En rett til å delta i disse møtene kan likevel ikke gjøres i en ensidig avtale mellom leverandøren og underleverandøren, da dette forholdet omhandler hovedkontraktsforholdet. Det kan derfor være fornuftig å avklare underleverandørens representasjonsrett med operatøren i forbindelse med etablering av underleverandørkontrakten. Alle avklaringer som partene har gjort rundt underleverandørens rolle og representasjonsrett i forbindelse med endringer, bør tas med i avtaledokumentet. Jeg ser litt nærmere på problemstillingene rundt lojalitet og rimelighet i kapittel 5.

## **4 Alternativer til «back to back»-regulering ved innkjøp**

### **4.1 Betydningen av leveransens art.**

Av ulike årsaker kan det hende at leverandøren ikke har mulighet til å benytte hovedkontraktens reguleringer «back to back» i den ene eller andre form når det gjelder sine underleverandører. En vanlig årsak er at underleverandørene rett og slett finner fabrikkasjonskontraktene for omfattende og lite egnet for underleveransens art, og vegrer seg dermed for å inngå kontrakter i dette formatet.

Jeg har tidligere vist at «back to back»-reguleringer kan virke urimelig i underleverandørkontrakter som omhandler fabrikasjon, men dette viser seg enda tydeligere der underleveransen er av en annen art. Leverandøren vil likevel normalt ha behov for å knytte til seg en

rekke underleverandører av standard materiell<sup>45</sup> og tjenester. Problemstillingen blir da ofte om leveransens art gjør at leverandøren bør vurdere å benytte en annen kontraheringsvariant enn «back to back»-regulering av hele eller deler av hovedkontrakten. Uavhengig av hvilken kontraheringsvariant som blir valgt, vil det ofte være behov for at visse reguleringer fra hovedkontrakten både bør og må videreføres. Noen årsaker til dette kan typisk være: (i) rene effektivitetshensyn fra leverandørens side, (ii) leveranser av standard materiell kan bli kritisk dersom disse ikke blir levert til avtalt tid og i riktig kvalitet, og (iii) krav fra selskapet om videreføring av visse reguleringer i hovedkontrakten. En «back to back»-regulering fra hovedkontrakten kan derfor synes nærliggende og meget effektivt for leverandøren dersom det er snakk om betydelige anskaffelser.

NF 07 art. 8 skiller heller ikke på om underleverandørkontraktene representerer rene kjøp, eller hvorvidt det dreier seg om leveranser som må fabrikeres. Dette betyr at leverandøren ikke selv kan velge om de kravene som oppstilles i art. 8 skal videreføres til underleverandørene, bortsett fra ved «mindre innkjøp og bruk av leiet arbeidskraft i et begrenset omfang».<sup>46</sup> Litt fleksibilitet må en likevel anta at det ligger ved innkjøp av rent forbruksmateriell, spesielt dersom dette lett kan skaffes fra andre leverandører. Dette materiellet er ofte ikke driftskritisk, og representerer sjelden noen direkte standardiseringsfordeler for selskapet.

På den annen side må det tas hensyn til at fabrikkasjonskontraktene er fremforhandlet som en helhet, med det formålet å regulere større oppdrag om fabrikasjon til norsk kontinental-sokkel.<sup>47</sup> Dersom leverandøren utarbeider en underleverandøravtale ved å klippe og lime fra fabrikkasjonskontraktene, vil dette kunne endre risikobildet og virke urimelig.

---

<sup>45</sup> Standard materiell må her forstås som «hyllvarer» som lett kan skaffes fra andre leverandører ved f.eks. leveringsproblemer.

<sup>46</sup> Jf. NF 07 art. 8.1 siste komma.

<sup>47</sup> Se protokollen til NF 07 punkt. 1 annet ledd.

Ved å forlate helhetstanken, og bare plukke ut de av kontraktens reguleringer som passer best for leverandøren, vil underleverandørkontrakten altså kunne ende opp som lite balansert. Dette gjelder spesielt i de tilfeller der leverandøren ved hjelp av en «back to back»-regulering på konsekvensnivå søker å sikre seg mot enhver risiko som utspringer fra underleveransen. Jeg ser nedenfor nærmere på noen alternative kontraheringsvarianter, som ofte vil fremstå som mer tilpasset den aktuelle leveransens art enn en speiling av hovedkontrakten.

## **4.2 Norske innkjøpsbetingelser 2005 (NIB 05)**

For å dekke de tilfellene av kontrahering hvor fabrikkasjonskontraktene er for omfattende, har de samme partene som fremforhandlet fabrikkasjonskontraktene, utarbeidet noen standardiserte innkjøpsbetingelser som er tilpasset fabrikkasjonskontraktene. Disse er utformet for å fordele risikoen mest mulig rettferdig mellom kontraktspartene. Disse innkjøpsbetingelsene kalles Norske Innkjøpsbetingelser 2005. NIB 05 er relativt omfattende, men fremstår likevel som klart mer tilpasset underleveranser enn å benytte en «back to back»-regulering av fabrikkasjonskontraktene. Ordlyden og innholdet i NIB 05 er veldig likt fabrikkasjonskontraktene, noe som gjør at de fremstår som mer tilpasset underleveranser vedrørende oppdrag som inneholder fabrikkasjon enn ved rene kjøp.

Utfordringen med NIB 05 er at de opplyses å være svært lite benyttet,<sup>48</sup> og at partene, heller hvor disse burde vært benyttet, synes å finne andre løsninger på sitt kontraktsforhold. Mye tyder på at både operatørselskapene, og leverandører som har fabrikkasjonsoppdrag basert på fabrikkasjonskontraktene, finner det mer formålstjenlig å bygge opp underleverandørkontraktene med bakgrunn i selve hovedkontrakten.

---

<sup>48</sup> Etter samtaler med ledende personell hos de norske fabrikkasjonsleverandørene og representanter for Norsk Industri, bekreftes dette av dem.

Det er også flere eksempler på at selskapene bygger opp sine forskjellige avtaler om kjøp av standard materiell etter prinsipp fra fabrikkasjonskontraktene, så lojaliteten til NIB 05 synes lav fra både operatørenes og leverandørenes side.

### **4.3 Særskilt tilpasset underleverandørkontrakt**

I stedet for å benytte løsningen med en «back to back»-regulering fra hovedkontraktsforholdet, kan et alternativ for leverandøren i stedet være å utarbeide en særskilt underleverandørkontrakt. Her kan alle relevante bestemmelser fra hovedkontrakten tas med. Dette gjelder da spesielt de reguleringene, som tidligere er beskrevet, at selskapet krever videreført. En slik kontrakt blir normalt enklere og mer relevant for den enkelte underleverandør dersom en klarer å balansere risikoen i forhold til leveringsomfanget. Faren her er imidlertid at viktige punkter fra hovedkontrakten glemmes. Dette kan skyldes at de vurderes som unødvendige fordi det er vanskelig å tenke seg alle eventualiteter som kan dukke opp i prosjektets forskjellige faser.

En slik løsning hvor en spesialtilpasser underleverandørkontrakten, kan nok likevel høres praktisk ut, men vil kreve svært store ressurser av leverandøren, siden det ofte er snakk om mange rene produkt- og tjenesteleverandører i et fabrikkasjonsprosjekt. Tiden som leverandøren har til rådighet, er også normalt hans største begrensning, både i tilbudsfasen og ved en eventuelt senere fabrikkasjonsperiode. Dette gjør det ofte lite hensiktsmessig for leverandøren å utarbeide spesialtilpassede underleverandørkontrakter.

### **4.4 Standardisert underleverandørkontrakt for kjøp av standard materiell og tjenester**

Et annet alternativ kan være å spesialtilpasse én forenklet underleverandørkontrakt etter mal av NIB 05. Denne måtte da tilpasses leveranser av ikke-kritisk standardmateriell og tjenester. Det vil si at det lett må kunne skaffes alternative leverandører dersom det skulle oppstå kapasitets- eller leveringsproblemer fra denne type leverandører.

Det er fremforhandlet en slik standardkontrakt NS 8409:2008<sup>49</sup>, med balanserte leveransevilkår for materialleveranser til landbaserte byggeprosjekter. Det kunne være en ide at det også ble utarbeidet en slik standardkontrakt innenfor petroleumskontraktenes virksomhetsområde. Denne kontrakten måtte, som i NS 8409, pålegge denne kategorien leverandører et mer begrenset ansvar. Dermed slipper leverandøren at underleverandørene har behov for å legge inn et for stort risikopåslag der dette ikke er nødvendig. Skulle denne type leverandører av en eller annen grunn få leveringsproblemer, er det normalt ikke noe stort problem å skaffe ekvivalente produkter eller tjenester fra alternative underleverandører. En slik underleverandøravtale vil kunne ha en forholdsvis enkel avtaletekst, i kombinasjon med et sett innkjøpsbetingelser som er tilpasset denne leveransens art. Det betyr at innkjøpsbetingelsene heller ikke må være så generelle og omfattende, at enhver underleverandør er nødt til å gjøre avvik fra mange av bestemmelsene. En slik kontrakt vil ikke nødvendigvis ha behov for å ta inn egne «back to back»-reguleringer, da disse normalt blir presentert i leverandørens innkjøpsbetingelser som et vedlegg til kontrakten. Som et alternativ til å vedlegge innkjøpsbetingelsene som et eget dokument, kunne leverandøren i stedet vurdere å innarbeide de reguleringene som hovedkontrakten eventuelt krever videreført, i selve underleverandørkontrakten. På denne måten hadde avtalen fremstått mer tilgjengelig for underleverandøren.

Det er enkelte av de store fabrikkasjonsleverandørene som har utarbeidet og tatt i bruk denne type egne underleverandørkontrakter. Disse kontraktene er fremdeles ganske omfattende og lite balanserte, og blir normalt også vedlagt leverandørens «standardiserte innkjøpsbeting-

---

<sup>49</sup> Ved innkjøp av byggevarer har partene i byggebransjen utarbeidet en standardkontrakt som er anbefalt benyttet ved innkjøp av standard byggevarer (hylleverer): «Alminnelige kontraktsbestemmelser for kjøp av byggevarer» (NS 8409).

Denne standarden er utarbeidet og enstemmig anbefalt av en komité som er oppnevnt av Standard Norge etter forslag fra: Byggevareindustriens Forening, Entreprenørforeningen - Bygg og Anlegg, Foreningen Næringseiendom, Norges Byggmesterforbund, Norges Bygg- og Eiendomsforening, Norske Trevarefabrikkers Landsforbund og Trelast- og Byggevarehandelens Fellesorganisasjon.

elser»<sup>50</sup> som et eget vedlegg. Det anbefales derfor sterkt at underleverandørene leser nøye gjennom begge disse dokumentene før de aksepteres. Det hadde vært en bedre og mer effektiv løsning om Norsk Industri og operatørselskapene i fellesskap fremforhandlet en balansert standardkontrakt etter mal av NS 8409.

#### **4.5 Standardiserte innkjøpsbetingelser**

Et annet alternativ kan være å kun benytte ett sett standardiserte innkjøpsbetingelser. Disse standardiserte innkjøpsbetingelsene er uansett veldig vanlige å benytte som et vedlegg til kontrakten i forbindelse med profesjonelle innkjøp av en viss størrelse. Dette betyr at alle de største leverandørene har disse ferdig til bruk. Utfordringen kan likevel være at disse som nevnt er veldig omfattende, og favner dermed ofte så vidt at de trenger tilpasninger for å kunne ivareta både kjøper og selgers interesser. Avvik fra disse løses normalt med at det utarbeides et sett «spesielle vilkår og betingelser» som gis rang over de standardiserte innkjøpsbetingelsene. Nedenfor har jeg satt opp et noen eksempler på hvordan dette kan gjøres:

#### **4.6 Eksempel på hvordan «spesielle vilkår og betingelser» kan presenteres som avvik fra leverandørens «standard innkjøpsbetingelser»**

Eksempelet nedenfor er hentet fra «standard innkjøpsbetingelser»<sup>51</sup> hos en betydelig leverandør til både norsk og internasjonal petroleumsvirksomhet.

I eksempelet blir det videre vist hvordan en av leverandørens største underleverandører av standard materiell (hyllevare) i et sett «spesielle vilkår og betingelser»<sup>52</sup> har fått innarbeidet et avvik fra bestemmelsene vedrørende dagbot.

---

<sup>50</sup> Disse kalles ofte «terms and conditions» (T&C).

<sup>51</sup> Hos leverandøren kalt «Standard Terms and Conditions».

<sup>52</sup> Disse eksemplene på «Special terms and conditions» har underleverandøren utarbeidet i nært samarbeid med et advokatfirma med ekspertise innenfor området petroleumskontrakter.

Eksempel fra leverandørens «standard innkjøpsbetingelser» hvor leverandøren må forstås som «Company» og underleverandøren som «Contractor»:

#### *LIQUIDATED DAMAGES*

*“A delay is deemed to exist when the Agreement Object has not been delivered by the Delivery Date. In the event of a delay, Company at its sole option, may immediately terminate the PO or charge Contractor liquidated damages at a rate of 0.15% of the Agreement Price for each day of delay until the Agreement Object is delivered in accordance with the PO. Contractor’s cumulative liability for liquidated damages under the Agreement is limited to 10% of the Agreement Price. In the event the PO is terminated for Contractor’s delay, Contractor shall be liable to Company for all damages and expenses resulting there from.”*

Eksemplet fra underleverandørens forslag til «spesielle vilkår og betingelser» hvor leverandøren må forstås som «Buyer» og underleverandøren må forstås som «Seller»:

#### *DELAYS*

*Delivery shall be deemed to have taken place when the products are taken over by the Buyer, or whoever appointed by the Buyer, at the agreed place of delivery.*

*In the event of delayed delivery, the Supplier's liability is limited to the provisions of liquidated damages in the standard Norwegian Fabrication Contract of 2007 (NF 07). The daily liquidated damages for not meeting the delivery date shall not exceed 0.15 %, and the Suppliers cumulative liability for liquidated damages is limited to 10 % of the contract price under the relevant part of the Purchase Order.*

*Unless the delay constitutes a material breach of contract, which entitles the Buyer to terminate the Purchase Order, the delay shall not affect the Supplier's right to complete the delivery under the Purchase Order.*



Med dette avviket ser vi at underleverandøren har oppnådd følgende:

- i. For det første har han fått inn en presisering om at den kumulative dagboten er begrenset til kontraktsprisen for den aktuelle PO-en<sup>53</sup>, og ikke til avtaleprisen som leverandøren beskriver. Avtaleprisen er ikke entydig og kan typisk også tolkes som prisen for hele avtalen, og ikke bare den aktuelle PO-en.
- ii. For det andre har han betinget seg en rett til å levere det forsinkede materiellet helt frem til at den maksimale dagboten på 10 % er nådd.

Her kan vi tenke oss et tilfelle der leverandøren går inn og gjør et dekningskjøp etter f.eks. 30 dager, hvor den samlede dagboten da vil være 4,5 %. Her vil altså underleverandøren fremdeles ha rett til å levere de bestilte varene, selv om leverandøren gjør et dekningskjøp hos en annen leverandør.

- iii. For det tredje har han fått fjernet leverandørens rett til å kunne kreve dekket alle sine kostnader som ble forårsaket av forsinkelsen, i de ekstremtilfellene forsinkelsen har medført en rett for leverandøren til å terminere bestillingen.

Det kan være svært risikabelt for en underleverandør å ha akseptert en kontraktsregulering som gir leverandøren rett til å kreve alle sine kostnader dekket, uten at det reguleres inn en eller annen form for begrensning som står i forhold til leveranseomfanget til underleverandøren.

- iv. For det fjerde ønsker underleverandøren også å redusere sitt ansvar fra en ren «back to back»-regulering av de konsekvensene leverandøren kan bli påført ved en forsinket leveranse. Dette gjøres ved å foreslå at et maksimalt ansvar knyttet til forsinkelsen oppad, er begrenset til 10 % av den aktuelle ordreverdien. På denne måten vil ikke underleverandøren eksponere seg for hele konsekvensen av det tapet forsinkelsen vil kunne påføre leverandøren, men begrense dette til et tap som står noenlunde i forhold til leverandørens rolle og verdiskapning.

---

<sup>53</sup> Med PO-en menes her den enkelte bestilling. Ved bestilling av «hyllevarer» vil det normalt bli foretatt mange bestillinger, og det kan derfor være svært viktig for en underleverandør å begrense sin risiko til verdien av den enkelte bestilling.

Størrelsen på det maksimale ansvaret som underleverandøren må være villig til å påta seg, vil naturligvis måtte variere ut fra hvilken type leveranse vi snakker om. Underleverandørens marginer vil også i mange tilfeller speile hvilket ansvar underleverandøren bør kunne pålegges. Har underleverandøren som eksempel tatt på seg en betydelig leveranse hvor det vil være vanskelig for leverandøren å gjøre eventuelle dekningskjøp innenfor en akseptabel tidsperiode, vil det også være naturlig at større deler av konsekvensene for underleverandørens forsinkelse belastes underleverandøren.

Etter samme prinsipp som vist i eksempelet ovenfor, kan også partene gjøre tilpasninger av andre punkter i de generelle innkjøpsbetingelsene, dersom også disse skulle være ubalanserte i forhold til den konkrete underleveransen. Det er en grunn til at slike betingelser omtales som «generelle» eller «standardiserte», og de bør derfor gjennomgås nøye før de kan aksepteres som en integrert del av underleverandørkontrakten.

Andre reguleringer en underleverandør bør vurdere nøye, i tillegg til det som er vist i eksempelet over, er reguleringene vedrørende mangels- og garantiansvar samt leverandørens mulighet til å pålegge underleverandøren endringer. En underleverandør av standardprodukter har ikke alltid en såpass omfattende ryggdekning fra produsentene når det gjelder garanti- og mangelsansvar, som de han presenteres for i leverandørenes standard innkjøpsbetingelser.<sup>54</sup> Det er også mindre praktisk å bli pålagt krav når det gjelder endringer ved leveranser av standard materiell, enn ved konstruksjonsarbeider.

---

<sup>54</sup> Dette er også en normal problemstilling i entreprisekontraktene. Her må normalt en underleverandør som har kontrakt om å gjennomføre elektroinstallasjonen på et bygg, innrømme hovedleverandøren 5 års reklamasjonsrett med bakgrunn i f.eks. NS8405, mens han selv normalt bare har 1 års garanti på det materiellet han leverer. Leverandørene av det materielle leverandøren kjøper inn i forbindelse med en slik kontrakt, benytter nemlig normalt NL09 som sine leveringsbetingelser.

Når underleverandøren har laget et sett «spesielle vilkår og betingelser» som inneholder de tilpasningene han ønsker, kan det helt avslutningsvis være fornuftig å ta inn et punkt i disse, hvor han begrenser sitt samlede kumulative ansvar i kontrakten. Fra det samme kontraktsforholdet som i eksempelet over, har jeg hentet et eksempel på hvordan en slik klausul kan utformes:

#### *GLOBAL LIABILITY CAP*

*The Supplier's total liability for breach of contract, irrespective of any negligent behaviour by the Supplier, shall be limited to the 100% of the contract price of the relevant Purchase Order. This global liability cap shall however not apply in the event of gross negligence or wilful misconduct by the management of the Supplier.*

Som en ser, kan en slik «global liability cap»<sup>55</sup> være en effektiv og trygg måte for underleverandøren å sikre at han ikke på grunn av «back to back»-reguleringer i hovedkontrakten, eller dennes vedlegg, pådrar seg et ansvar hvor risikoen ofte er betydelig høyere enn hele underleverandørens kontraktsverdi.

Fra leverandørens ståsted kan utfordringen med disse «spesielle vilkår og betingelser» være at de inneholder regler eller avvik som medfører at viktige bestemmelser i hovedkontrakten utilsiktet mister sin virkning lenger nede i kontraktspyramiden. Leverandøren vil da bli stående alene igjen med ansvaret uten at dette kan videreføres til den i leverandørpyramiden som forårsaket dette. Under enhver omstendighet må leverandøren passe på at slike «spesielle vilkår og betingelser» ikke inneholder reguleringer som fritar underleverandøre-

---

<sup>55</sup> Med «global liability cap» forstås her en maksimal begrensning av underleverandørens eksponering i forbindelse med kontrakten. Domstolen ville nok vurdert å foreta en sensur av denne «cap-en» dersom det ikke ble innarbeidet et avvik i de tilfeller der det utvises grov uaktsomhet eller forsett fra underleverandørens ledende personell. For å klargjøre en slik situasjon, er det derfor greit at det tas med direkte inn i reguleringen at ansvarsbegrensningen ikke gjelder ved grov uaktsomhet eller forsett hos ledende personell.

ne fra de forpliktelser som leverandøren er pålagt av selskapet å føre videre i sine underleverandørkontrakter.<sup>56</sup>

#### **4.7 Spesielt om «back to back»-reguleringer mellom underleverandører**

Det har spesielt innenfor de landbaserte entreprisekontraktene blitt mer og mer vanlig at leverandøren krever etablering av solidarisklausuler<sup>57</sup> mellom underleverandørene. Her kan leverandørenes målsetning variere, men ønsket om at underleverandørene skal være gjensidig ansvarlige for å koordinere f.eks. tilkomst og fremdrift er nok avgjørende. I ekstremtilfellene har en sett eksempler på at slike avtaler har reguleringer som gjør underleverandørene solidarisk ansvarlige for å ferdigstille en sideordnet underleverandørs arbeid dersom denne går konkurs, eller havner i andre problemer i prosjektfasen. Dette betyr i praksis at mye av leverandørens risiko og koordineringsansvar blir skjøvet over på underleverandørene. Det går naturligvis ikke an for leverandøren å skyve sitt ansvar overfor selskapet ned på sine underleverandører, men på denne måten oppnår han likevel en betydelig reduksjon av sin egen risiko, ved at konsekvensen av en underleverandørs svikt kan videreføres til en av de andre som er solidarisk ansvarlig.

Meg bekjent har enda ikke denne praksisen flyttet seg til petroleumskontraktenes virksomhetsområde. Det er likevel god grunn for underleverandørene å være påpasselige også innenfor disse kontraktenes virksomhetsområde, og tenke nøye gjennom hvordan en ønsker å håndtere denne type solidarisklausuler dersom de dukker opp. De fremstår normalt lite rimelige dersom underleverandørene ikke får tilstrekkelig kompensert for dette ansvaret.

#### **4.8 Vurdering**

Dersom leverandøren og/eller underleverandøren ønsker å velge en annen kontraktsform enn «back to back»-regulering av hele eller deler av hovedkontrakten, er det vanskelig å anbefale kun én løsning. Siden valg av kontraktsform er situasjonsavhengig, må partene ut

---

<sup>56</sup> Se nærmere i NF 07 art. 8.3 hvilke reguleringer dette gjelder.

<sup>57</sup> Ofte også kalt grensesnittavtaler.

fra en totalvurdering velge hvilken variant, eller kombinasjon av varianter, som er mest hensiktsmessig i det enkelte tilfellet.

Helt generelt kan en si at det å velge en særskilt tilpasset underleverandørkontrakt vil kunne passe best der det er snakk om en kontrakt som inneholder en litt omfattende fabrikkasjonsleveranse, og det vil være kritisk for leverandøren dersom underleverandøren ikke leverer som avtalt. Det kan ofte ved slike underleveranser være både krevende og omfattende for underleverandøren å bruke ressurser på å sette seg inn i hele hovedkontrakten, og spesielt dersom verdien av underleveransen ikke står i forhold til arbeidet med å sette seg inn i kontraktsunderlaget. En særskilt tilpasset underleverandørkontrakt vil i disse tilfellene være lettere tilgjengelig, spesielt der det er snakk om mindre underleverandører hvor den tekniske kompetansen ofte er langt høyere enn den kommersielle kontraktskompetansen. Dersom leverandøren likevel opererer med mange underleverandører av denne arten, vil det å utarbeide mange spesialtilpassede underleverandørkontrakter raskt fremstå som et omfattende arbeid. I disse tilfellene vil den beste løsningen for leverandøren normalt være å velge en mer standardisert variant hvor en kan benytte NIB 05 som utgangspunkt, eller i sin originale form, og ved behov utarbeide de avvik som må til for å balansere avtalen.

Det å benytte en løsning med (i) et sett enkle standardiserte innkjøpsbetingelser, (ii) et sett «spesielle vilkår og betingelser» som tilpasses den enkelte kontrakt, og (iii) et kortfattet avtaledokument, vil normalt kunne være en god løsning ved mindre fabrikkasjonsleveranser eller kjøp av standardmateriell. Utfordringene her er fremdeles at underleverandøren må sette seg inn i – og forstå – innholdet i disse standardiserte betingelsene. Disse favner som nevnt ofte veldig vidt, og inneholder gjerne «back to back»-reguleringer som kan fremstå som lite balanserte. Underleverandøren må derfor kreve å få aksept for de avvik eller tilpasninger<sup>58</sup> han finner urimelige og lite tilpasset den leveransen han representerer. Får han ikke aksept for disse, bør han vurdere å se seg om etter annet arbeid, da risikoen kan tenkes

---

<sup>58</sup> Dette er de tilpasningene som ovenfor er kalt «spesielle vilkår og betingelser».

å bli veldig høy. Velger underleverandøren å ta lett på dette arbeidet, kan det påføre ham en potensiell risiko som langt overstiger den risiko han har mulighet til å prise inn i sin leveranse.

Når underleverandøren leverer standardvarer på bakgrunn av tilbud og aksept, må han være oppmerksom på om forespørselen og bestillingen inneholder standard innkjøpsbetingelser som avviker fra hans egne salgsbetingelser. En eventuell bestilling må da aksepteres under forutsetning av at det er hans egne leveringsbetingelser som legges til grunn. For å fjerne usikkerheten om hvem sine betingelser som gjelder, bør dette komme tydelig frem i kommunikasjonen mellom partene. Disse er nemlig ofte lite tilgjengelige for mottakeren, da de typisk blir lansert med liten skrift på baksiden av et av dokumentene som utveksles, eller i et eget vedlegg.

## **5 Om muligheter for å kunne sensurere urimelige utslag av «back to back»-reguleringer**

### **5.1 Innledning**

Som vist tidligere vil «back to back»-reguleringer oftere enn vanlige kontraktsreguleringer operere i et grenseland hvor det kan stilles spørsmål ved hvorvidt de fremstår urimelige, og av den grunn risikerer å bli utsatt for sensur.

Det er spesielt «back to back»-reguleringer på konsekvensnivå som reiser disse problemstillingene, og da gjerne både med hensyn til rekkevidde og rimelighet. Det vil i slike tilfeller være et åpent spørsmål om en kan opprettholde denne type kontraktsreguleringer dersom de trekkes til sin ytterste konsekvens.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Engesæth Arne, LoR 1996, s. 375.

Det fremgår klart av NF 07 art. 37 at kontrakten skal være undergitt og fortolkes i samsvar med norsk rett. Det vil derfor være norske rettskilder og norske tolkningsprinsipper som i all hovedsak naturlig må benyttes. For å avgjøre spørsmålet om en kan opprettholde denne type kontraktsreguleringer, må en gå veien om tolking av den aktuelle avtalen, før en kan vurdere en eventuell rimelighetssensur med bakgrunnen i avtl § 36.

I de tilfellene som standarden er tenkt brukt, står partene svært fritt til å avtale hvilke kontraktsvilkår ut over NF07 som skal gjelde, og «så lenge standarden benyttes uendret, skal det meget til at den kan reguleres på dette grunnlag [avtl 36]».<sup>60</sup>

Uansett hvor omfattende standardkontraktene er, vil det kunne tenkes tilfeller der «back to back»-reguleringer gir så urimelige resultater at det kan oppstå behov for å foreta en rimelighetsvurdering av utfallet.

Som eksempel benytter leverandørene ofte underleverandører som er relativt små virksomheter, og som dermed mange ganger er langt mindre profesjonelle enn leverandøren. Dette styrkeforholdet må en anta at rettsanvenderne vil vektlegge dersom det skulle oppstå tvist om rimeligheten av de konsekvensene en avtalt «back to back»-regulering har medført.

Videre er må det tas hensyn til at standarden er forhandlet frem for bruk i kontraktsforholdet mellom selskapet og leverandøren. Dette betyr at vilkår som kan synes rimelige i denne kontraktsrelasjonen, kan fremstå direkte urimelige ved bruk lenger nede i kontraktshierarkiet.

Vedleggene til standarden har ikke alltid fått den samme grundige behandlingen som selve standarden. Dette skyldes at disse vedleggene<sup>61</sup> blir fremforhandlet av partene i forbindelse med hver enkelt kontrakt, og gjerne under sterkt tidspress. Det samme gjelder det overord-

---

<sup>60</sup> Kaasen (2006) s. 50.

<sup>61</sup> Se NF 07 art. 2.1.

nede avtaledokument.<sup>62</sup> Det betyr at disse dokumentene ofte kan være mer ubalanserte enn selve standarden, og bør dermed lettere kunne utsettes for sensur.

I tillegg til avtaledokumentet, vil et av vedleggene til den komplette kontrakten ofte være et sett «generelle innkjøpsbetingelser»<sup>63</sup> fra selskapet. Det er i disse standardiserte innkjøpsbetingelsene, og/eller i avtaledokumentet, at «back to back»-reguleringene i en kontrakt som regel beskrives. Underleverandørene slurver ofte med gjennomgangen av disse «standardiserte innkjøpsbetingelsene», selv om det medfører en stor risiko å akseptere disse ukommentert. Leverandøren må her antas å ha et ekstra ansvar for å informere underleverandøren om slike reguleringer, dersom de medfører en høy risikoeksponering for underleverandøren.

## **5.2 Om vedtagelse av «back to back»-reguleringer i standardvilkår vedlagt ordinære innkjøpsordrer**

I forbindelse med innkjøp i petroleumsvirksomhet foretas det mange anskaffelser som gjøres utenfor kontrakt eller rammeavtale.<sup>64</sup> Underleverandøren blir ved denne type kjøp normalt først presentert for leverandørens standardvilkår samtidig med en forespørsel. Disse standardvilkårene er ofte noe forenklet i forhold til dem som benyttes i et formalisert avtaleforshold mellom leverandør og underleverandør, men inneholder likevel regelmessig «back to back»-reguleringer som kan medføre høy risiko for underleverandøren.

Det er et åpent spørsmål hva som må til før en ut fra alminnelige kontraktsrettslige regler eller prinsipper ser det nødvendig å gripe inn ved å tolke, utfylle eller sensurere helt urime-

---

<sup>62</sup> Normalt fra operatørselskapene kalt «Framework Agreement».

<sup>63</sup> Normalt fra operatørselskapene kalt «General Conditions of Purchase». Disse vilkårene er i motsetning til NF/NTK-standardene ikke avtalte, balanserte standardvilkår, men ensidig fastsatt av operatørselskapet.

<sup>64</sup> Dette er typisk de underleveransene som beskrives i NF 07 art. 8.1 siste punktum.: «Samtykke trengs likevel ikke for underleveranser som nevnt i Vedlegg H – Underleverandører, mindre innkjøp og bruk av leiet arbeidskraft i begrenset omfang.»



lige resultater av «back to back»-reguleringer som blir presentert på denne måten. Det som likevel er sikkert, er at det er en terskel å si at noe som allerede er vedtatt av to profesjonelle parter skal settes til side som urimelig.

Utfordringen med denne type standardvilkår er at de først presenteres for underleverandøren i forbindelse med et forespørselsdokument eller en bestilling. Hos underleverandøren sitter det normalt ordrebehandlere som sjeldent tar seg tid til å lese disse vilkårene, eller har forutsetning for å kunne mene så mye om dem. En underleverandør som har gode rutiner vil nok likevel i forbindelse med et tilbud, svare leverandøren at hans tilbud forutsetter at en bestilling vil bli levert med bakgrunn i underleverandørens egne leveringsbetingelser. I mange tilfeller vil leverandøren følge opp et slikt tilbud med en bestilling hvor det vises til underleverandørens tilbud, men hvor han sammen med bestillingen på ny vedlegger sine standardvilkår. Underleverandøren vil så lage en ordre hvor han sender en ordrebekreftelse til leverandøren, der han viser til at det er hans standard leveringsbetingelser som gjelder for den aktuelle leveransen. Problemstillingen som da oppstår er hvilke betingelser som skal gjelde for den aktuelle leveransen.<sup>65</sup>,<sup>66</sup> Det er ikke vanskelig å forestille seg at underleverandørens garantiansvar strekker seg mye lenger hvis man legger leverandørens standardvilkår til grunn, enn om man legger til grunn underleverandørens egne standard leveringsbetingelser.

Nedenfor har jeg satt inn et konkret eksempel på forskjellen mellom en stor leverandørs standard «CONDITIONS OF PURCHASE II» og en underleverandørs «GENERAL CONDITIONS NL 01 E» som benyttes ved leveranser til samme leverandør:

Eksempel på leverandørens «CONDITIONS OF PURCHASE II»:

*9.2 Unless otherwise stated in this Purchase Agreement, the guarantee period for the Goods expires two years from the date the Goods are taken*

---

<sup>65</sup> Lilleholt (2014) s. 219 gir her en gjennomgang av grunnregelen for problemstillingen.

<sup>66</sup> Dette er en situasjon som gjerne kalles «Battles of Forms»

*into use for their intended purpose, but limited to three years from the date of delivery*

Eksempel på underleverandørens «GENERAL CONDITIONS NL 01 E»

*23. The Seller's liability is limited to defects, which appear within a period of one year from the date of delivery of the goods. If the goods are used more intensely than agreed, this period shall be reduced proportionately.*

Som en ser, er garantitiden i innkjøpsbetingelsene til leverandøren to år fra produktet tas i bruk,<sup>67</sup> mens underleverandørens leveringsbetingelser opererer med ett års garantitid fra produktet overleveres til leverandøren. I tillegg betinger underleverandøren seg rett til å redusere garantitiden dersom produktet det reklameres på, har vært utsatt for hardere bruk enn hva som er normalt.

I den klassiske avtaleretten vil man i tilfellet over, stå overfor det som gjerne omtales som en uren aksept. Utgangspunktet etter avtalelovens § 6 er at dette er et avslag sammen med et nytt tilbud.<sup>68</sup> Når underleverandøren i vårt eksempel mottok en bestilling med leverandørens innkjøpsvilkår, kunne han avklart situasjonen med å presisere at det ikke er inngått noen avtale fordi aksepten ikke stemmer, og deretter presisert at en eventuell avtale forutsette at leverandøren aksepterte underleverandørens leveringsbetingelser. Det er likevel slik at disse problemstillingene svært ofte oppstår siden nettopp slike presiseringer ikke blir foretatt. Man kan i slike tilfeller se for seg følgende løsningsalternativer:<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Som en ser er disse laget for å dekke opp for kravene i NF 07 art. 23.2.

<sup>68</sup> Dette utgangspunktet modifiseres allerede i annet ledd for de tilfellene der underleverandørens hensikt var å akseptere leverandørens vilkår men likevel la ved sine standardiserte leveringsbetingelser av ren rutine. Her må leverandøren høres i at det er hans standardiserte innkjøpsbetingelser som må gjelde.

<sup>69</sup> Torvund (1997) kap. 5.

- (i) Man kan legge til grunn de avtalevilkår som først blir presentert, ut fra den tanke at det er disse som danner selve grunnlaget for avtaleslutningen. Dette omtales gjerne som «first shot».*
- (ii) Man kan legge til grunn de vilkår som sist ble presentert, ut fra at det er disse som til slutt ble akseptert uten protester. Dette omtales gjerne som «last shot».*
- (iii) Man kan se bort fra begge vilkår og legge til grunn at det ikke er inngått avtale om dette. Konflikten må da løses ut fra bakgrunnsretten.*
- (iv) Man kan løse opp vilkårene, og søke seg fram til et kompromiss mellom dem. Det er denne løsningen som stilles opp i UNIDROIT Principles Art. 2.22.*

Hva som er riktig løsning på dette spørsmålet har blitt mye diskutert, men det er ingen avklaring av hva som er gjeldende rett. Innen den landbaserte entrepriseretten er det som tidligere nevnt utarbeidet en standard<sup>70</sup>; «Alminnelige kontraktsbestemmelser for kjøp av byggevarer» som bør kunne være retningsgivende. I denne standardens art. 2.1 har de løst denne usikkerheten ved å avgjøre hvilke av disse kontraktsdokumentene som i et slikt tilfelle skal rangeres høyest. Her er det «last shot»-varianten som blir benyttet. Det er kun dersom et eventuelt avtaledokument har andre bestemmelser at det vil overstyre denne hovedregelen.

Innenfor petroleumskontraktenes virksomhetsområde bør den som skal håndtere slike kjøp kjenne til at denne problemstillingen ikke har noe klart svar. De bør derfor forsøke å avklare dette ved å være tydelige i tilbuds- og akseptfasen om hvilke betingelser som ligger til grunn for sitt tilbud eller aksept. Dette gjøres mest effektivt ved at det tydelig beskrives i den e-posten som tilbudet eller aksepten sendes i. Alternativt kan det skrives med uthevet skrift i tilbudet eller ordrebekreftelsen.

---

<sup>70</sup> NS 8409:2008.

### 5.3 Grensen mellom akseptert risiko og sensur ved hjelp av avtl. § 36

Som nevnt innledningsvis har selskapene nå overlatt store deler av kontraktsoppfølgingen til personell med høy teoretisk kontraktskompetanse, mens deler av leverandørindustrien fortsatt lever i det historiske bilde hvor tillit og muntlige avtaler var en stor del av prosjekthverdagen. Faren er derfor stor for at lite balanserte «back to back»-klausuler kan bli akseptert nedover i leverandørpyramiden uten at det blir foretatt den nødvendige risikovurderingen av disse. Utfordringen er på den ene siden hvor grundig en må forvente at partene har satt seg inn i risikoen i sine kontraktsforpliktelser, og på den andre siden hvor urimelige utslag slike kontraktsforpliktelser må gi før disse kan eller bør sensureres ved bruk av avtalelovens § 36. Det er alltid en viss mulighet for dette, selv om det i forholdet mellom profesjonelle parter er en meget høy terskel for rimelighetssensur av gjensidig forpliktende avtaler. Den vanskelige vurderingen kan her på den ene siden være et avtaledokument som beskriver en gjensidig vedtakelse av at kontraktsforholdet skal reguleres av et «back to back»-prinsipp på konsekvensnivå, og på den andre siden avtalelovens § 36 som blant annet beskriver at avtalen ikke skal «virke urimelig», eller «i strid med god forretningsskikk» å gjøre gjeldende. Ved en vurdering av om avtalelovens § 36 skal benyttes, vil naturligvis «partenes stilling» også være svært avgjørende. Dersom det er snakk om stor underleverandør, som også representerer en betydelig underleveranse, kan det vanskelig tenkes at avtalen ville ha blitt lempet. Hadde det derimot vært snakk om en liten underleverandør som påførte leverandøren en ekstrem høy kostnad i form av for eksempel dagbøter eller forsæringskostnader, kunne det likevel tenkes en mulighet for at en slik avtale kunne bli lempet i favør av den svake parten.

Som et eksempel på et slikt misforhold kan vi se for oss følgende situasjon:

En leverandør har en avtale basert på NF 07 om å levere en modul til selskapet med en kontraktsverdi på 1 milliard NOK. Med bakgrunn i denne avtalen, knytter leverandøren til seg en rekke underleverandører som på sin side også kan ha behov for underleverandører. Avtalene i leverandørpyramiden blir så basert på at kontraktsforpliktelsene om dagbot i NF 07 art. 24.2 i leverandørens avtale med selskapet, skal gjelde «back to back» for alle i leverandørpyramiden. Dersom en av «underleverandørene» har en kontrakt med leverandøren

om å levere en ventil til 1 million NOK, men ikke klarer å levere denne før 10 dager etter avtalt leveringstid, er leverandøren berettiget en dagbot på  $10 \times 0,015 \%$  av kontraktsprisen.<sup>71</sup> Spørsmålet som da naturlig reiser seg, er om dagboten skal beregnes på underleverandørens eller leverandørens kontraktspris? Dersom forsinkelsen forplanter seg slik at denne forårsaker 10 dager forsinkelse for leverandøren, representerer dette en dagbot på  $10 \text{ dager} \times 0,15 \% \times 1 \text{ milliard NOK}$ , som gir en samlet dagbot for leverandøren på 15 millioner NOK. Dette medfører at dersom leverandørens ansvar blir speilet direkte ned til underleverandøren, vil dette utvilsomt føles ubalansert for underleverandøren i forhold til verdien av hans leveranse. Det kan likevel virke naturlig for leverandøren at en sanksjon fra selskapet skal kanaliseres til den som forårsaket dette. På den annen side kan en si at dersom underleverandørene i sin prising til leverandøren skulle tatt høyde for slike potensielt ekstreme dagbøter, ville risikopåslagene i alle ledd kunne føre til at leverandøren aldri hadde fått oppdraget, eller at sluttproduktet ble unødvendig dyrt. I de aller fleste tilfellene kjenner heller ikke underleverandøren til leverandørens kontraktspris og kan derfor vanskelig benytte denne som utgangspunkt for sin risikovurdering.

I et slikt tenkt tilfelle som i eksempelet over, kunne en naturligvis også diskutert om denne dagboten likevel ikke burde blitt kanalisert til underleverandøren. Dagboten som ble påført leverandøren kunne fort blitt ansett som en indirekte kostnad, og ville dermed normalt ikke bli rammet av underleverandørens kontrollansvar, dersom han ikke handlet grovt uaktsomt eller forsettlig. Jf. kjl. § 67. Hvis det i avtalen mellom leverandøren og underleverandøren likevel er etablert en «back to back»-avtale som klart sier at alle konsekvenser skal kunne kanaliseres direkte til den som er skyld i disse, bør underleverandøren være observant på denne type risikoen før kontraktsignering, og av effektivitets- og sikkerhetshensyn derfor forsøke å få innarbeidet avvik fra slike urimelige utslag. I dette tilfellet vil underleverandøren kunne ha et berettiget håp om at det urimelige utslaget av denne avtalen blir lempet i hans favør.

---

<sup>71</sup> NF 2007 art. 24.

I utgangspunktet kan det synes urimelig at leverandøren må bære en del av de kostnadene han kan bli påført på grunn av svikt fra en av sine underleverandører. I den store sammenhengen er dette likevel ikke så urimelig. Leverandøren er ansvarlig for totalkontrakten og har dermed mulighet til å fordele risikoen av en eventuell underleverandørsvikt på hele oppdraget. På denne måten kan han velge å sette av en liten andel av totalprisen til å dekke eventuelt uforutsette feil og mangler som kontraktsmessig vil være urimelig å belaste underleverandøren med.<sup>72</sup> En slik mulighet finnes ikke i samme grad hos underleverandørene.

Fra leverandørens side kan også lite gjennomtenkte «back to back»-reguleringer gi et urimelig utslag. Et eksempel kan her være følgende: I en underleverandøravtale «back to back»-reguleres det overliggende kontraktsforholdet uten at det gjøres tilpasninger i kontraktens bestemmelser om fremdrift. Dette bør normalt alltid gjøres for at leverandøren skal gis tid til å nyttiggjøre seg underleveransen. Glemmes likevel dette, kan leverandøren fort komme i leveringsmislighold og dermed ende opp med betydelige dagbøter, mens underleverandøren på sin side har overholdt kontraktens tidsfrister.<sup>73</sup> Spørsmålet i denne situasjonen er om underleverandøren likevel burde forstått at det her var en forglemmelse at bestemmelsene om fremdrift ikke ble justert i underleverandøravtalen, og at han dersom dette var tilfellet kunne blitt oppfattet som illojalt ved ikke å varsle om dette. Her kan det tenkes at avtalen kunne blitt tolket slik at det var partenenes hensikt at leverandøren skulle ha tid til å

---

<sup>72</sup> Det vil også være naturlig at leverandøren forsikrer seg for den risikoen en underleverandørsvikt kan medføre. Hadde hver enkelt underleverandør selv skulle forsikre risikoen for konsekvenstap i hovedkontraktsforholdet, ser en at dette fort kan fremstå som en uhensiktsmessig kostnad.

<sup>73</sup> Det kan imidlertid tenkes unntak også fra dette dersom en leverandør setter bort hele jobben til en underleverandør. I slike tilfeller fremstår leverandøren mer som en videreformidler uten at det trengs å settes av noe tid i fremdriftsplanen til dette. En kan her se for seg et tilfelle der en underleveranse blir 100 % ferdigprodusert av underleverandøren og sendt direkte til selskapet. Leverandøren står dermed gjerne kun for innhenting av anbud, bestilling, oppfølging, dokumentasjon og fakturering. Det er da unødvendig at det på vanlig måte legges inn noe ekstra tid til leverandøren for typisk sammenstilling, testing og videresendelse.

nyttiggjøre seg leveransen fra underleverandøren, og at kontraktens bestemmelser om fremdrift dermed hadde blitt justert med bakgrunn i denne forståelsen.

Ut fra praksisen som er trukket opp av Høyesterett, og omtalt i teorien, må vi på generelt grunnlag kunne anta at det foreligger en ulovfestet lojalitetsplikt innenfor alle typer kontraktsforhold. Dette gjelder også innenfor petroleumskontraktene. Høyesteretts praksis har hatt stor betydning for utviklingen av den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Avtalelovens §§ 33 og 36 blir nå likevel ofte sett på som uttrykk for lovfestelse av lojalitetsprinsippet, men Høyesteretts uttalelse i Rt. 1984 s. 28, kan tyde på at det ulovfestede lojalitetsprinsippet strekker seg noe lenger: «Jeg mener for min del at kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven § 33, men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.»<sup>74</sup>

Et annet eksempel kan hentes fra Rt. 1988 s. 1078, der førstvoterende uttaler: «Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden...»<sup>75</sup>

Et tredje eksempel kan hentes fra Rt. 2011 s.65. Der uttaler førstvoterende på vegne av flertallet (4-1): «Jeg er ikke uenig i at det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt.»<sup>76</sup> Her mer enn antyder førstvoterende at det må antas å gjelde et ulovfestet lojalitetsprinsipp ved siden av NS-standardens regler. Høyesterett velger imidlertid ikke å foreta en vurdering av forholdet mellom NS-bestemmelsene og denne ulovfestede lojalitetsplikten, selv om dette kunne vært en anledning til å stadfeste lojalitetsplikten gjennom et f.eks. et «obiter dictum»<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Rt.1984 s.28 (35).

<sup>75</sup> Rt.1988 s 1078 /1085).

<sup>76</sup> Rt 2011 s. 65 (43).

<sup>77</sup> En vurdering fra Høyesterett uten betydning for selve konklusjonen blir gjerne omtalt som «obiter dictum».

NS- og NF-standardene henter også mye av sin inspirasjon og sine prinsipper fra hverandre. Vi må derfor forvente at rettsanvenderne også ville vektlagt lojalitetsplikten betydelig dersom denne hadde blitt prøvd innenfor NF-kontraktenes virksomhetsområde. Denne lojalitetsplikten må antas å foreligge på alle stadier av kontraktsforholdet. Lojalitetsplikten gjelder således like mye ved kontraktens tilblivelse, som under drift eller i en avslutningsfase.

Det som skaper en ekstra utfordring med å finne grensene for denne lojalitetsplikten innenfor petroleumskontraktenes område, er hensynet til at NF 07 er inngått etter grundige forhandlinger mellom to svært profesjonelle parter. Utgangspunktet må altså være at standarden som helhet har hatt til hensikt å være rimelig balansert når den brukes slik den er tenkt.

Dette forholdet kan endre seg betraktelig når kontrakten speiles videre nedover i kontrakts-hierarkiet. Underleverandørene har ikke vært part i forhandlingene av fabrikkasjonskontraktene, og en direkte bruk av avtalens reguleringer i underleverandørkontraktene kan derfor fremstå som både uhensiktsmessig og urimelig.

Som eksempel kan vi tenke oss en stor leverandør som velger å etablere underleverandørkontraktene ved en ren «back to back»-regulering av hovedkontrakten. Her må det kunne stilles visse krav til leverandørens opplysningsplikt overfor underleverandørene. Dette gjelder spesielt dersom det er en betydelig forskjell på den kommersielle kompetansen til leverandøren og underleverandørene.

Dersom hele eller deler av hovedkontrakten speiles nedover i leverandørpyramiden, kan det også i mange tilfeller stilles spørsmål ved hvorvidt samtlige aktører faktisk fremstår som like profesjonelle. Det kan i slike tilfeller være stor mulighet for at underleverandørene aksepterer kontraktsreguleringer som de ikke forstår rekkevidden av. Her må det stilles strengere krav til den dominerende partens lojalitetsplikt. «Rettsutviklingen har [som vist i



eksemplene over] vært preget av gradvis øket vektlegging av lojalitet, særlig ved at ressurssterke parter i noen grad også forventes å ivareta ressursvake parters interesser.»<sup>78</sup> Her kan vi tenke oss et tilfelle hvor en liten mekanisk bedrift er underleverandør til Aker Solutions, og eieren i den mekaniske bedriften gjerne fungerer som både økonomi-, produksjons- og kontraktsansvarlig. I forbindelse med både forhandlinger og etablering av et eventuelt kontraktsforhold, vil det i et slikt tilfelle påhvile Aker Solutions et ekstra ansvar for å sikre at en slik underleverandør har den nødvendige oversikt og forståelse av både sine rettigheter og forpliktelser med bakgrunn i kontrakten. Dersom det i etterkant fremkommer at Aker Solutions bevisst har latt det passere at underleverandøren ikke har forstått risikoelementet i underleverandørkontrakten, må man forvente at en slik avtale vil kunne bli tolket i favør av den svake parten.

#### **5.4 Konkludent adferd som avtalestiftende rettsfaktum**

Spesielt i langvarige underleverandørforhold kan det over tid ha etablert seg en praksis som ikke er i overensstemmelse med den kontraktsreguleringen som ligger til grunn for avtaleforholdet. Problemstillingen blir i slike tilfeller om den måten partene har forholdt seg til hverandre i kontraktsperioden fremstår som et avtalestiftende rettsfaktum. Bør i så fall den innstrammingen som nå synes å skje i toppen av kontraktspyramiden, resultere i at leverandøren må ha et ekstra ansvar for å stramme opp og formalisere den uformelle oppfølgingen lenger ned i pyramiden. Disse problemstillingene kan komme på spissen dersom det oppstår en situasjon hvor leverandøren krever sin rett etter kontrakten, mens underleverandøren hevder at partene ved konkludent adferd over tid har etablert en «sedvane» som nå må betraktes som en del av avtalen.

Som eksempel kan det tenkes en underleverandøravtale som «back to back»-regulerer mangelsbeføyelser fra det overliggende kontraktsforholdet. Dersom leverandøren likevel over tid har benyttet mindre omfattende mangelsbeføyelser overfor underleverandøren, kan det tenkes at underleverandøren ved en senere reklamasjon må høres dersom han fremhol-

---

<sup>78</sup> Giertsen (2014) s.11.

der at leverandøren ved konkludent oppførsel har akseptert de nye betingelsene. Dersom leverandøren hadde hatt et ønske om å endre på den etablerte praksisen burde han lett kunne ha varslet underleverandøren i forkant, slik at han hadde hatt mulighet til å tilpasse seg dette. «Testen [på om den etablerte praksisen ved en tvist vil kunne bli hørt] er da ofte om praksisen representerer en balansert avveining av partenes interesser».<sup>79</sup> Dersom det viser seg at den etablerte praksisen fremstår som balansert, vil det i disse tilfellene være ekstra viktig for leverandøren å stramme inn denne praksisen før det oppstår en eventuell tvist.

Man kan også se på en slik problemstilling ut fra et lojalitetsperspektiv. Da ville testen være om det fremstår som illojalt av leverandøren å kreve sin rett etter kontrakten når den konkludente adferden viser en annen praksis. Måten partene har forholdt seg til hverandre i kontraktsperioden vil altså kunne endre hvordan man tolker innholdet av den skiftelige kontrakten.

Det kan være stor forskjell på utformingen av en avtale med bakgrunn i norsk og angloamerikansk rett. Norsk rett legger vekt på hva som har vært hensynet mellom partene, mens det i angloamerikansk rett er selve avtaleteksten som er avgjørende. Dermed er avtaler som tar utgangspunkt i angloamerikansk rett normalt mye mer omfattende enn avtaler med norsk bakgrunnsrett. Fabrikasjonskontraktene er svært omfattende og har således preg av angloamerikansk rett. Det kan derfor stilles spørsmål om hensynet med disse standardene har vært at det skal være kontraktens ordlyd som skal være avgjørende, og ikke den etterfølgende praksisen. Når det gjelder slike «kontrakter som er influert av angloamerikanske rettstradisjoner kan det forekomme kontraktsbestemmelser som beskriver at kun det som er nedfelt i kontraktsdokumentet, skal gjelde mellom partene».<sup>80</sup> Slike klausuler blir også i stigende grad benyttet i nordisk praksis, og vil naturlig kunne bli presentert i avtaledokumentet til petroleumskontraktene. Spørsmålet er om slike kontraktsbestemmelser kan avskjære et forsøk på en eventuell tolkning av kontraktsvilkår, som senere viser seg å være

---

<sup>79</sup> Giertsen (2014) s. 221.

<sup>80</sup> Hagstrøm (2011) s. 139–140.

erstattet av en langvarig praksis som avviker fra kontraktsbestemmelsene? «I norsk rett må stillingen til slike klausuler sies å være usikker.»<sup>81</sup> Selv om det avtalerettslig må legges til grunn at klausulen er vedtatt og gyldig, og tilsynelatende et uttømmende uttrykk for kontraktsforholdet mellom partene, kan en slik klausul neppe føre til at dette under noen omstendigheter likevel må kunne settes ut av betraktning, med f.eks. hjemmel i avtl. §36.

## 6 Oppsummering

Den norske leverandørindustrien til offshoresektoren er verdensledende og bidrar betydelig til dagens velferdssamfunn i Norge. Alt fra innovative og effektive logistikk-løsninger til teknisk svært avanserte løsninger og konstruksjoner designes og produseres i stort mon.

Det er derfor viktig for hele det norske samfunnet at vi også i fremtiden skal ha en leverandørindustri som er både innovativ, effektiv og konkurransedyktig. For å sikre denne utviklingen holder det ikke at bransjen bare videreutvikler sin verdensledende tekniske kompetanse, det vil også være avgjørende at de videreutvikler sin teoretiske kontrakthåndteringskompetanse.<sup>82</sup>

Når operatørselskapene er i stand til å levere mer komplette og standardiserte fabrikkasjontegninger, vil dette blant annet resultere i at antall endringsordrer går markant ned. Vi må da forvente noen langt mer offensive operatørselskaper som vil kreve at både kostnadene og leveringstiden blir som avtalt. Kontraktsreguleringer som tidligere ikke har vært benyttet fullt ut, vil naturlig komme til å bli benyttet i langt større grad. Med bakgrunn i at enkelte «back to back»-reguleringer inneholder et svært høyt risikoelement, og da i særdeleshet «back to back» på konsekvensnivå, er det all grunn til å sterkt anbefale at underleverandør-

---

<sup>81</sup> Hagstrøm (2011) s. 140, jf. Rt. 1992 s. 796.

<sup>82</sup> Etter samtaler med sentrale aktører i bransjen, er tilbakemeldingen at bransjen kunne hatt stor fordel av å børste støv av den «gamle» Norwegian Project Alliance Agreement 1996 (NPA 96). Årsaken til dette, er at denne kontrakten legger opp til mindre kostbart byråkrati mellom partene, og dermed vil kunne fremstå som et godt redskap i kampen om reduserte kostnader i bransjen. Det opplyses at en håper på rask fremdrift i det pågående arbeidet for at NPA 96 skal benyttes i prosjekter fremover.

ene, både nå og i tiden fremover, møter en slik endring ved å vie ekstra oppmerksomhet til alle de kontraktsforslag de blir forelagt.

Underleverandørbedrifter har ofte sterkt fokus på å sikre sin beskjeftigelse videre. Dette kan fort resultere i at gjennomgang av, eller en diskusjon om, urimelige kontraktsvilkår blir nedprioritert. Det er derfor viktig at leverandørene tar et ekstra ansvar, og gjerne flagger de kontraktsreguleringene som kan fremstå som tyngende for underleverandørene. På denne måten vil de unngå senere diskusjoner, samt sørge for at alle tilbyderne legger de samme forutsetningene til grunn. Et tett samarbeid mellom partene som bygger på gjensidig tillit og lojalitet er et godt grunnlag for å unngå konflikter. Kontraktene bør derfor også være utformet med tanke på konfliktforebygging.

Dersom en underleverandør likevel er i tvil om hvilke konsekvenser kontraktsreguleringer generelt, og «back to back»-reguleringer spesielt, kan medføre, bør de søke støtte hos en advokat med spisskompetanse innenfor dette fagfeltet. Det er normalt relativt få avvik en underleverandør har behov for å gjøre, for at risikoen skal tas ned til et nivå som står i forhold til leveransens art.

Det er som nevnt fremforhandlet en standardkontrakt NS 8409:2008 med balanserte leveransevilkår for materialleveranser til landbaserte byggeprosjekter. Det ville vært en stor fordel om Norsk Industri og operatørselskapene<sup>83</sup> hadde fått utarbeidet en tilsvarende standardkontrakt for underleverandørene av standard materiell til petroleumsvirksomhet. Ved denne type kontrahering fremstår ofte underleverandørene mer som logistikkpartnere enn produsenter. Ansvarer ved denne type underleveranser bør derfor balanseres i forhold til den verdiskapningen og risikoen disse representerer, og ikke med det samme utgangspunktet som ved fabrikasjon hvor leveransen typisk kan testes før levering.

---

<sup>83</sup> Det opplyses at man nå jobber med en ny revisjon av fabrikkasjonskontratene, hvor man også arbeider for at alle operatørene på norsk sokkel skal forplikte seg til å benytte den nye og reviderte standarden.



## **7 Litteratur oversikt**

### **7.1 Litteratur**

- Eckhoff, Torstein, Jan E. Helgesen, Rettskildelære, Universitetsforlaget 2001, 5. utgave.
- Giertsen, Johan: Avtaler, Universitetsforlaget 2014, 3. utgave.
- Hagstrøm, Viggo: Obligasjonsrett, Universitetsforlaget 2011, 2. utgave.
- Kompendium, Petroleumskontrakter, Sjørettsfondet 2012.
- Kaasen, Knut: Petroleumskontrakter, med kommentarer til NF 05 og NTK 05, Universitetsforlaget 2006.
- Lilleholt, Kåre: Knophs oversikt over Norges rett, Universitetsforlaget 2014, 14. utgave.
- Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen: NS 8405 med kommentarer, Gyldendal Norsk Forlag 2010, 3. utgave.
- Mestad, Ola: Om force majeure og risikofordeling i kontrakt, Universitetsforlaget 1991, 1. utgave.
- Selvig, Einar og Kåre Lilleholt: Kjøpsrett til studiebruk, Universitetsforlaget 2010 4. utgave.
- Torvund, Olav: Kontraktsregulering - IT-kontrakter, Tano Aschehoug 1997. 1. utgave.

### **7.2 Lover**

- Avtaleloven (avtl). Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4.
- Kjøpsloven (kjl). Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27.
- Voldgiftsloven (vogl). Lov om voldgift 14. mai 2004 nr. 25.

### **7.3 Kontrakter**

- NPA 96 – Norsk Prosjektalliansekontrakt 1996.
- NIB 05 – Norske Innkjøpsbetingelser 2005.

- NF 05 – Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005.
- NF 07 – Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007.
- NTK 07 – Norsk Totalkontrakt 2007.
- NS 8409:2008 Alminnelige kontraktsbestemmelser for kjøp av byggevarer.
- NL 01 Alminnelige leveringsbetingelser.
- NL 09 Alminnelige leveringsbetingelser.
- UNIDROITS PRICIPLES 2010.

#### **7.4 Rettspraksis**

- Rt 1984 s. 28.
- Rt 2011 s. 65.
- Rt 2010 s. 267.
- U 1994 s. 344, dansk høyesterettsdom.

#### **7.5 Presentasjoner**

- Schjødt, Foredrag industriseminar 2014, Geilo, «Tredjemannsproblemer» i kontraktskjeder – Utvalgte emner.
- Høgberg, Alf Petter, Obligasjonsrett høst 2007 dag 6, Direktekrav.
- Kluge Advokatfirma DA, «Kurs i Offshorekontrakter» i regi av Confex Norge AS, 6. og 7. november 2013.

#### **7.6 Artikler**

- Engesæth Arne. «Kontrahering av underleveranser, særlig om det såkalte back to back prinsippet», i *LoR* 1996, s. 365.
- Marie Braadland og Line Wefald. «Ikke bare med 'back to back'», kronikk i *offshore.no* 22.02.2013.
- Torgeir Myrstad og Marie Braadland. «Samordning av kontrakter i entrepriseprojekter – bruk av back to back», i *Bygg.no* 15.12.2005.